Eloy Maduro Luyando
Emilio Pittier Sucre

CURSO DE OBLIGACIONES

Derecho Civil III

UCAB
2008

TOMO II

ELOY MADURO LUYANDO
EMILIO PITTIER SUCRE

Curso de Obligaciones

Derecho Civil III
Tomo II

Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 2008

K830
M332

Maduro Luyando, Eloy

Curso de Obligaciones. Derecho Civil III. Tomo II / Eloy Maduro Luyando, Emilio Pittier Sucre. – 11ª ed.– Caracas : Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
2 v. : 22 cm – (Manuales de Derecho)
ISBN: 980-244-070-1

1. OBLIGACIONES (DERECHO). I. Pittier Sucre, Emilio. I. Título

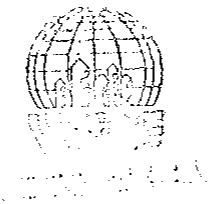
Eloy Maduro Luyando / Emilio Pittier Sucre
Curso de Obligaciones. Derecho Civil III

Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán - La Vega - Caracas 1020
Apartado 20.332

Producción: Publicaciones UCAB
Diagramación: Mery León
Diseño de portada: Nina Gabriela Vásquez
Impresión: Impresos Miniprés

©Universidad Católica Andres Bello
15ª Edición
16ª Edición
17ª Edición
18ª Edición
19ª Edición
20ª Edición
ISBN 980-244-070-1
Hecho el Deposito de Ley

Reservados todos los derechos.
No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado —electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.—, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.



ÍNDICE

Págs.

CAPÍTULO 23. LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO 509

CONCEPTO DE CONTRATO 509

I. NOCIONES GENERALES 510

A. Actos y negocios jurídicos 510

B. Negocios jurídicos 510

1. Definición 510

2. El negocio jurídico unilateral 510

3. Los negocios jurídicos unilaterales se han clasificado en recepticio y no recepticio 511

4. El negocio jurídico bilateral 512

C. Acuerdos, convenciones y contratos 512

1. Concepto 512

2. Diferencias entre contrato y convención 513

II. EL CONTRATO. CONCEPTO 515

A. Concepción amplia 515

B. Concepción restringida 515

C. Definiciones del término contrato en Venezuela 516

D. Teoría general del contrato 517

III. EVOLUCIÓN DEL TÉRMINO CONTRATO 517
A. DERECHO ROMANO 517
B. EDADES MEDIA Y MODERNA. SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO CONSENSUALISTA 519
C. CARACTERES DE LA EVOLUCIÓN 520
IV. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD 520
1. PRINCIPALES EFECTOS EN EL DERECHO MODERNO 520
2. LA DECADENCIA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD 522
V. LA NOCIÓN DE CONTRATO 525
A. DEFINICIÓN LEGAL 525
B. Caracteres del contrato 525
1º. El contrato es una convención 525
2º. El contrato regula relaciones o vínculos jurídicos de carácter patrimonial, susceptibles de ser valorados desde un punto de vista económico 526
3º. El contrato produce efectos obligatorios entre las partes 527
4º. El contrato es fuente de obligaciones 527
5º. El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento de la obligatoriedad del contrato 527
VI. IMPORTANCIA SOCIOECONÓMICA DEL CONTRATO 528
A. LA FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL CONTRATO 528
B. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DESDE EL PUNTO DE VISTA INSTRUMENTAL 529
1ª. Sobre relaciones patrimoniales familiares 529
2ª. Los contratos de cambio 529
1. *Gratuito* 529
2. *De colaboración* 529
3. *Asociativos* 530
4. *De prevención de riesgos* 530
5. *De conservación y custodia* 530

6. *Judiciales* 530
7. *De crédito* 530
8. *Constitutivos de derechos reales* 530
VII. EL CONTRATO COMO ESTRUCTURA TÉCNICO-JURÍDICA 531
A. CONTENIDO MATERIAL DEL CONTRATO 531
B. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA 532
C. PRUEBA 533
BIBLIOGRAFÍA 536
JURISPRUDENCIA 537

CAPÍTULO 24. CLASIFICACIÓN GENERAL DEL CONTRATO 539
I. SEGÚN SURJAN OBLIGACIONES PARA UNA O PARA AMBAS PARTES DE UN CONTRATO 540
1. CONTRATOS UNILATERALES 541
2. CONTRATOS BILATERALES 541
3. CONTRATOS SINALAGMÁTICOS IMPERFECTOS 542
4. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN UNILATERALES Y BILATERALES 543
II. SEGÚN EL FIN PERSEGUIDO POR LAS PARTES 544
1. CONTRATOS ONEROSOS 544
2. CONTRATOS GRATUITOS 545
A. Contratos desinteresados 545
B. Liberalidades 545
C. Contratos gratuitos por su esencia 546
3. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN GRATUITOS Y ONEROSOS 546
III. SEGÚN LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ALGUNA DE LAS PARTES DEPENDA DE UN HECHO CASUAL O NO 547
1. CONTRATOS CONMUTATIVOS 547

2. CONTRATOS ALEATORIOS 547
3. INTERÉS DE LA DISTINCIÓN 548
IV. SEGÚN SU MODO DE PERFECCIONAMIENTO 549
1. CONTRATOS CONSENSUALES 549
2. CONTRATOS REALES 549
3. CONTRATOS SOLEMNES 550
A) Contratos que requieren un documento privado 550
B) Contratos que requieren un documento público 550
4. DIVERSAS CLASES DE FORMALIDADES 551
5. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN 552
6. FORMALIDADES *AD PROBATIONEM* 553
7. FORMALIDADES DE PUBLICIDAD 553
V. SEGÚN SU CARÁCTER: 555
1. CONTRATOS PREPARATORIOS 555
2. CONTRATOS PRINCIPALES 555
3. CONTRATOS ACCESORIOS 555
4. CONTRATOS CONEXOS 556
VI. SEGÚN LA DURACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES 556
1. CONTRATOS DE TRACTO O CUMPLIMIENTO INSTANTÁNEO 557
2. CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO, DE CUMPLIMIENTO SUCESIVO O DE EJECUCIÓN CONTINUA 557
3. INTERÉS DE LA CLASIFICACIÓN 558
VII. SEGÚN LAS NORMAS LEGALES QUE LO REGULAN 559
1. CONTRATOS NOMINADOS O TÍPICOS 559
2. CONTRATOS INNOMINADOS O ATÍPICOS 559
3. DIVERSAS CLASES DE CONTRATOS INNOMINADOS O ATÍPICOS 559
4. INTERÉS PRÁCTICO DE LA DISTINCIÓN 561

VIII. PRECONTRATOS, ANTECONTRATOS O PROMESAS DE CONTRATAR 564
1. CONCEPTO 564
A. Promesa unilateral de contratar 564
B. Promesa bilateral de contratar 565
2. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN 567
IX. CONTRATOS ENTRE PERSONAS LEJANAS Y ENTRE PRESENTES 568
1. CONCEPTO 568
X. SEGÚN LA SITUACIÓN DE IGUALDAD O NO DE LAS PARTES 569
1. CONTRATOS PARITARIOS 569
2. CONTRATOS DE ADHESIÓN 569
A. La figura del contratos dirigidos 571
B. La figura del contrato obligatorio 572
XI. SEGÚN QUE EL CONTRATO PRODUZCA EFECTOS OBLIGATORIOS PARA LAS PARTES SOLAMENTE O BIEN PRODUZCA DICHOS EFECTOS PARA TERCEROS QUE NO SEAN PARTE DEL MISMO: 572
1. CONTRATOS INDIVIDUALES 572
2. CONTRATOS COLECTIVOS 573
XII. SEGÚN LA NATURALEZA PERSONAL DE LA PRESTACIÓN DE UNA O ALGUNAS DE LAS PARTES: 574
1. CONTRATOS ORDINARIOS 574
2. CONTRATOS *INTUITU PERSONAE* 574
XIII. POR RAZÓN DE LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DEL CONTRATO: 575
1. CONTRATOS CAUSADOS 575
2. CONTRATOS ABSTRACTOS 575

XIV. SEGÚN LA LEGISLACIÓN APLICABLE: 575
1. CONTRATOS INTERNOS 575
2. CONTRATOS INTERNACIONALES 576
XV. SEGÚN EL DERECHO APLICABLE: 577
1. LOS CONTRATOS PRIVADOS 577
2. EL CONTRATO PÚBLICO 577
3. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO 578
BIBLIOGRAFÍA 578
JURISPRUDENCIA 579

CAPÍTULO 25. SECCIÓN PRIMERA. ELEMENTOS DEL CONTRATO 581
I. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO ... 581
1. LA DOCTRINA TRADICIONAL 581
2. DISPOSICIONES LEGALES 582
3. REQUISITOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO 583
4. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO 583
II. LOS PRESUPUESTOS DEL CONTRATO 584
1. OTROS ELEMENTOS DEL CONTRATO 584
2. LAS PARTES CONTRATANTES 585
3. LOS LLAMADOS ELEMENTOS NATURALES DEL CONTRATO 587
4. ESTUDIO DE LOS PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DEL CONTRATO 587
III. LA REPRESENTACIÓN 588
1. CONCEPTO 588
2. TIPOS DE REPRESENTACIÓN 589
3. CAPACIDAD DEL REPRESENTANTE 590
4. VOLUNTAD DEL REPRESENTANTE 591
5. REPRESENTANTES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 591
6. RATIFICACIÓN POR EL REPRESENTADO 592

7. REPRESENTACIÓN TÁCITA Y EXPRESA 592
8. CONTRATO CONSIGO MISMO, DOBLE ACTUACIÓN DE UNA MISMA PERSONA 593
BIBLIOGRAFÍA 594
JURISPRUDENCIA 594

CAPÍTULO 25. SECCIÓN SEGUNDA. LA CAPACIDAD 595
I. GENERALIDADES 595
II. LA CAPACIDAD CONTRACTUAL O NEGOCIAL 597
1. CONCEPTO 597
2. CARACTERES DE LA CAPACIDAD CONTRACTUAL 597
3. INCAPACIDAD NATURAL E INCAPACIDAD LEGAL 599
III. DIVERSOS CASOS DE INCAPACIDAD CONTRACTUAL 600
1. INCAPACIDADES POR ANTONOMASIA: DE ORIGEN NATURAL Y DE ORIGEN CIVIL 601
A. Menor puro y simple 602
B. Menor emancipado 602
C. Actos para los cuales son capaces los menores 602
D. Entredicho 603
E. Inhabilitado 603
IV. EFECTOS DE LA INCAPACIDAD CONTRACTUAL 604
V. DIFERENCIAS ENTRE LA CAPACIDAD CONTRACTUAL Y LA DELICTUAL 606
VI. INCOMPATIBILIDAD PARA CONTRATAR 606
BIBLIOGRAFÍA 608
JURISPRUDENCIA 608

CAPÍTULO 26. EL CONSENTIMIENTO 609
I. NOCIONES GENERALES 609
1. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO 609

2. DIVERSAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO CONSENTIMIENTO 610
A. Acepción restringida 610
B. Acepción técnica de consentimiento 611
3. LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN EL CONSENTIMIENTO 612
II. DIVERGENCIAS ENTRE LA VOLUNTAD REAL O INTERNA Y LA VOLUNTAD DECLARADA 615
1. CAUSAS INCONSCIENTES 616
2. CAUSAS CONSCIENTES 616
3. SISTEMAS DOCTRINARIOS 617
A. Sistema volitivo 617
B. Sistema declarativo 618
CONCLUSIONES 618
BIBLIOGRAFÍA 620
JURISPRUDENCIA 621
CAPÍTULO 27. SECCIÓN PRIMERA. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO 623
I. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO 623
CAPÍTULO 27. LA TEORÍA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. SECCIÓN SEGUNDA. EL ERROR 627
I. Concepto 628
1. EL PRIMERO DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO CIVIL ES EL ERROR 628
2. EL ERROR EN EL DERECHO ROMANO 629
3. CLASIFICACIÓN ROMANA 629
A. Error *in corpore* 629
B. El error *in substantiam* 629
C. El error *in personam* 630
D. El error *in negotio* 630

4. CLASIFICACIÓN DE LA DOCTRINA 630
A. El error obstáculo 630
a) *El error sobre la naturaleza del contrato* 631
b) *Error sobre la identidad del objeto* 631
c) *Error en la causa* 631
d) *Efectos del error obstáculo* 631
B. El error vicio - Concepto 632
C. Error irrelevante o error en los motivos 633
II. REQUISITOS DEL ERROR 633
1. EL ERROR DEBE SER ESPONTÁNEO 633
2. LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR 633
3. EL ERROR DEBE SER ESENCIAL 634
A. Error de hecho sobre la sustancia o cualidades de la cosa 634
a) *Criterio objetivo* 634
b) *Criterio subjetivo* 635
c) *El Código Civil de 1942* 635
B. El error en la persona 637
C. El error de derecho 637
4. EL ERROR PUEDE SER UNILATERAL O COMÚN A AMBAS PARTES 639
5. LA RECONOCIBILIDAD DEL ERROR 639
III. EL ERROR IRRELEVANTE 639
1. EL ERROR SOBRE MOTIVOS NO DETERMINANTES DE LA VOLUNTAD 640
2. EL ERROR SOBRE EL VALOR DE LA COSA OBJETO DEL CONTRATO 640
3. EL ERROR SOBRE ASPECTOS O ATRIBUTOS SECUNDARIOS DE LA COSA 640
4. EL ERROR DE CÁLCULO 640
5. EL ERROR SOBRE LA PERTENENCIA DE UNA COSA 640
IV. EFECTOS DEL ERROR 641
1. LA NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO 641
2. LA POSIBILIDAD DE SUBSANAR EL ERROR 641
3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE QUIEN ALEGA EL ERROR 642

CAPÍTULO 27. SECCIÓN TERCERA. EL DOLO 645
I. CONCEPTO DEL DOLO 645
II. FUNDAMENTO LEGAL 646
III. ESTRUCTURA Y NATURALEZA DEL DOLO 646
IV. CLASES DE DOLO 647
1. DOLO BUENO Y DOLO MALO 648
A. Dolo bueno 648
B. Dolo malo 648
V. REQUISITOS DEL DOLO 649
1º UNA CONDUCTA INTENCIONAL 649
A. Reticencia dolosa 649
2º EL DOLO DEBE SER CAUSANTE 650
3º EL DOLO DEBE EMANAR DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE O DE UN TERCERO CON SU CONOCIMIENTO 651
VI. EFECTOS DEL DOLO 652
VII. DIFERENCIAS ENTRE EL DOLO Y EL ERROR 652
CAPÍTULO 27. SECCIÓN CUARTA. LA VIOLENCIA 655
I. CONCEPTO 655
II. CLASIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA 656
LA VIOLENCIA FÍSICA Y LA VIOLENCIA MORAL 656
III. CONDICIONES DE LA VIOLENCIA 657
1º LA VIOLENCIA DEBE SER DETERMINANTE 657
2º LA VIOLENCIA DEBE SER INJUSTA 660
IV. CARACTERES DEL AGENTE DE LA VIOLENCIA 660
V. EFECTOS DE LA VIOLENCIA 660
1º ANULABILIDAD DEL CONTRATO 661
2º ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL 661
VI. EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA VIOLENCIA 661

VII. DIFERENCIAS ENTRE LA VIOLENCIA Y EL DOLO 663
BIBLIOGRAFÍA 664
JURISPRUDENCIA 665

CAPÍTULO 28. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO 667
I. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO 668
II. LAS CONVERSACIONES PRELIMINARES 669
III. LA OFERTA 669
1. La oferta es una manifestación de voluntad 669
2. Requisitos de la oferta 670
3. Oferta con plazo 670
4. Fundamento de la obligatoriedad de la oferta 671
A. La teoría del hecho ilícito 671
B. La teoría del antecontrato 672
C. La declaración unilateral de voluntad 672
IV. PRECONTRATO, INVITACIÓN A OFRECER Y OFERTA AL PÚBLICO 672
1. No debe confundirse la oferta con la promesa de contratar aceptada 672
2. No debe confundirse con la invitación a ofrecer 673
3. La oferta al público 673
4. La oferta pública de recompensa 674
V. LA ACEPTACIÓN 674
1. Requisitos de la aceptación 675
A. Debe ser libre 675
B. Debe ser pura y simple 675
C. La aceptación debe ser comunicada al oferente 675
2. Revocación de la aceptación 676
3. Aceptación tácita 676

VI. EFECTOS DE LA MUERTE O INCAPACIDAD DEL OFERENTE Y DEL ACEPTANTE 677
VII. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ENTRE AUSENTES 677
1. EL CONTRATO SE FORMA ENTRE PERSONAS QUE ESTÁN FRENTE A FRENTE 677
A. La fecha a partir de la cual corren los lapsos de prescipción 677
B. El precio de la venta, o de otras prestaciones 678
C. La traslación de los riesgos al adquirente en los contratos traslativos de propiedad sobre un cuerpo cierto 678
D. Hasta cuando se pudo revocar la oferta 678
2. LAS FASES O MOMENTOS EN QUE PUEDE PERFECCIONARSE EL CONTRATO ENTRE AUSENTES. 678
A. El de la manifestación de la aceptación del destinatario de la oferta 678
B. La expedición o emisión 678
C. La recepción 678
D. El conocimiento o información por parte del oferente 678
3. SISTEMAS DOCTRINARIOS 679
A. Teoría de la coexistencia de voluntades 679
B. Teoría de la concurrencia de las voluntades 680
VIII. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ENTRE AUSENTES EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO 680
BIBLIOGRAFÍA 682
JURISPRUDENCIA 683
CAPÍTULO 29. EL OBJETO 685
I. CONCEPTO 686
EL OBJETO 686

II. CLASIFICACIÓN DEL OBJETO 687
1º Prestaciones de dar, hacer y no hacer 688
2º Prestaciones positivas y negativas 688
3º Prestaciones de medio y de resultado 688
4º Prestaciones que transmiten un derecho y prestaciones que consisten en la realización de una conducta 688
III. REQUISITOS DEL OBJETO 688
1. Partiendo de la diferenciación de las prestaciones 688
A. Cuando el objeto consiste en la transmisión de un derecho 688
B. Cuando consiste en la realización de una actividad o conducta 689
C. El estudio de los requisitos del objeto se efectúa sin hacer diferenciaciones con motivo del contenido del objeto 689
2. Requisitos que debe llenar el objeto 690
A. El objeto del contrato debe ser posible 690
B. El objeto debe representar un interés para el acreedor. 692
C. El objeto debe ser determinado o determinable 693
D. El objeto debe ser lícito 693
IV. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO 694
A. Enumeraciones doctrinarias 696
V. LAS BUENAS COSTUMBRES 697
VI. PRINCIPALES ESTIPULACIONES NULAS POR OBJETO ILÍCITO 698
1. Contratos usurarios 699
2. Intereses usurarios 701
3. Prohibición de pactos sobre sucesión futura 702
A. Clases de pactos sobre sucesión futura 703

a) *Pactos de institución* 703
b) *Pactos de renuncia* 704
c) *Pactos de disposición* 704
B. Fundamento de la prohibición de pactos sobre sucesión futura 704
BIBLIOGRAFÍA 705
JURISPRUDENCIA 706
CAPÍTULO 30. SECCIÓN PRIMERA. LA TEORÍA DE LA CAUSA . 707
I. LA TEORÍA DE LA CAUSA 708
1. DISPOSICIONES LEGALES 708
2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO 708
3. LA CAUSA, TÉRMINO EQUÍVOCO 709
A. Distintas acepciones en la ley 709
B. Causa eficiente y causa final 710
C. Causa final y motivos 710
D. Causa de la obligación y causa del contrato 711
E. Concepción objetiva y concepción subjetiva de la causa 712
II. DOCTRINAS SOBRE LA CAUSA 713
1. LA CAUSA EN EL DERECHO ROMANO 713
2. TEORÍA CANONISTA DE LA CAUSA 714
3. TEORÍA CLÁSICA DE LA CAUSA 715
III. LA TEORÍA ANTICAUSALISTA 716
1. EL CONCEPTO DE CAUSA ES FALSO 716
2. EL CONCEPTO DE CAUSA ES INÚTIL 718
IV. LA TEORÍA NEOCAUSALISTA 720
1. LOS RASGOS DE LA TEORÍA NEOCAUSALISTA 720
2. LA CAUSA NO ES UNA NOCIÓN FALSA 722

A. La causa en los contratos bilaterales o sinalagmáticos... 722
B. La causa en los contratos reales 724
C. La causa en las liberalidades 725
3. LA CAUSA ES UNA NOCIÓN NECESARIA 726
A. La causa es necesaria para explicar determinados efectos de los contratos bilaterales, a saber 726
B. Casos de ausencia total de causa 727
C. Casos de ausencia parcial de causa 727
D. Error en la causa 728
E. Nulidad por causa ilícita 728
4. OTRAS DOCTRINAS FRANCESAS SOBRE LA CAUSA 731
A. Doctrina de Josserand 731
B. Doctrina de Ripert 732
C. Teoría de Maury 732
5. CONCLUSIONES 733
V. DOCTRINA ITALIANA SOBRE LA CAUSA 733

CAPÍTULO 30. SECCIÓN SEGUNDA. DISPOSICIONES LEGALES SOBRE LA CAUSA Y SU APLICACIÓN 737
I. AUSENCIA DE CAUSA 737
1. DUALIDAD DE LA NOCIÓN DE CAUSA 737
2. LA AUSENCIA DE CAUSA 738
II. ILICITUD DE LA CAUSA 740
1. CONCEPTO 740
2. APLICACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA 741
3. LA CAUSA INMORAL Y LA REGLA *NEMO AUDITUR* 742
4. LA CONSAGRACIÓN DE LA REGLA *NEMO AUDITUR* EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1942 743
III. CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS ABSTRACTOS 744
1. CONCEPTO 744

IV. LA PRUEBA DE LA CAUSA 745
1. DISPOSICIÓN LEGAL 745
2. CARÁCTER DE LA PRESUNCIÓN 746
3. EL JUICIO DIB RAMIA. UN CASO DE PRESUNCIÓN DE CAUSA EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA 746
BIBLIOGRAFÍA 747
JURISPRUDENCIA 748
CAPÍTULO 31. LA NULIDAD DEL CONTRATO
I. LA NULIDAD DEL CONTRATO 752
1. CONCEPTO 752
2. CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES 752
A. Inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. 752
B. Nulidad total y parcial. 753
C. Nulidad textual y nulidad virtual. 753
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA 754
A. Derecho Romano. 754
B. Derecho Francés anterior al Código Civil. 755
C. Código Napoleón y su posterior evolución. 755
D. La teoría de la inexistencia. 756
E. La doctrina francesa contemporánea. 756
4. COMPARACIÓN CON INSTITUCIONES AFINES 757
A. Nulidad e inoponibilidad. 757
B. Nulidad y rescisión. 757
C. Nulidad, disolución y revocación. 758
D. Nulidad y resolución del contrato. 758
E. Nulidad y acción pauliana. 759
II. CRITERIOS PARA DISTINGUIR LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA NULIDAD RELATIVA: 759
1. LA DOCTRINA CLÁSICA. 759
2. EL ORDEN PÚBLICO. 760

3. EL INTERÉS PROTEGIDO. 761
4. EL DERECHO DE CRÍTICA O SANCIÓN DE REACCIÓN. 761
III. CARACTERES DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. 761
IV. LA CONVALIDACIÓN: 763
1. CONCEPTO. 763
2. DIFERENCIAS CON LA REFACCIÓN. 763
3. CONFIRMACIÓN Y RATIFICACIÓN. 763
4. CARACTERES. 764
5. REQUISITOS DE LA CONFIRMACIÓN. 764
6. CLASES DE CONFIRMACIÓN 764
A. Confirmación expresa. 765
B. Confirmación tácita. 765
C. Confirmación total. 766
D. Confirmación parcial. 766
E. Regularización de los actos nulos. 766
F. Incumplimiento de formalidades. 767
7. EFECTOS DE LA CONFIRMACIÓN. 767
A. Respecto de las partes. 768
B. Respecto de los terceros. 768
V. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. 769
1. REGLA GENERAL. 769
2. PRESCRIPCIÓN QUINQUENAL. 769
3. PRESCRIPCIÓN DECENAL. 770
VI. LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD. 770
VII. NULIDAD PARCIAL. 771
VIII. INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN. 772
IX. EFECTO RETROACTIVO DE LA NULIDAD. 772
1. EFECTO LIBERATORIO. 772
2. EFECTO RESTITUTORIO. 773
A. ENTRE LAS PARTES. 773

B. Efectos respecto de terceros. 774
3. RESPONSABILIDAD CONSECUENCIA DE LA NULIDAD DEL CONTRATO. 775
X. CONCLUSIONES ACERCA DE LA TEORÍA DE LAS NULIDADES. 775
BIBLIOGRAFÍA 777
JURISPRUDENCIA 777
CAPÍTULO 32. LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS 779
I. GENERALIDADES. 779
II. LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS Y SU OPONIBILIDAD A LOS TERCEROS. 780
1. LA RELATIVIDAD O EFECTOS INTERNOS. 780
2. LA OPONIBILIDAD O EFECTOS EXTERNOS. 780
III. EFECTOS INTERNOS DEL CONTRATO. 781
1. CONCEPTO. 781
2. LAS PARTES. 781
3. LOS TERCEROS. 782
4. CATEGORÍAS INTERMEDIAS: 782
A. Causahabientes a título universal. 783
B. Causahabientes a título particular: 784
a) *Contratos que establecen derechos reales.* 785
b) *Ciertos contratos que esablecen una olbigación o derechos personales.* 785
C. Acreedores quirografarios. 786
D. Los Penitus extranei. 787
IV. EXCEPCIONES RESPECTO DE LOS EFECTOS INTERNOS. 788
1. CONTRATOS QUE PRODUCEN EFECTOS A FAVOR DE LOS TERCEROS. 788
2. ACTOS QUE PRODUCEN EFECTOS CONTRA LOS TERCEROS. 789
V. LA OPONIBILIDAD DEL CONTRATO (EFECTOS EXTERNOS DEL CONTRATO). 789
1. CONCEPTO. 789
2. REQUISITOS. 790

3. EFECTOS DEL DESCONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA PRODUCIDA POR EL CONTRATO. 791
4. AFECTACIÓN DE TERCEROS. 792
5. EFECTOS Y LÍMITES DE LOS EFECTOS EXTERNOS: 792
A. Contratos por los cuales se transmite o crea un derecho real. 792
B. Contratos por los cuales se transmite un derecho personal. 792
C. Los acreedores quirografarios. 793
D. Los causahabientes a título particular. 793
6. ACTOS QUE NO SON OPONIBLES A LOS TERCEROS. 793
BIBLIOGRAFÍA 794
JURISPRUDENCIA 795
CAPÍTULO 33. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO 797
I. LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO. 797
1. CONCEPTO. 797
2. CALIFICACIÓN POR EL LEGISLADOR. 798
3. CALIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN. 798
II. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. 799
1. CONCEPTO. 799
2. INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y DEL CONTRATO. 799
3. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN. 800
4. NORMA LEGAL 801
A) Las exigencias de la ley: 802
a) La interpretación textual. 802
b) Las normas imperativas. 803
B) Las reglas de la lógica. 803
C) La buena fe. 804
III. LA INTEGRACIÓN. 805
1. CONCEPTO. 805
2. LAS NORMAS SUPLETORIAS. 806

3. LOS USOS NORMATIVOS. 806
4. LA EQUIDAD. 807
BIBLIOGRAFÍA 807
JURISPRUDENCIA 807
CAPÍTULO 34. LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO Y SU INTANGIBILIDAD 809
I. EL CONTRATO LEY. 809
1. CONCEPTO. 809
2. CRÍTICA DEL CONCEPTO. 810
3. LA INTANGIBILIDAD DEL CONTRATO. 811
II. TERMINACIÓN Y MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO. 812
1. DISPOSICIÓN LEGAL. 812
2. DISOLUCIÓN O MUTUO DISENSO. 812
3. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. 813
4. EL TÉRMINO EXTINTIVO. 813
5. CONDICIÓN RESOLUTORIA. 813
6. NULIDAD Y ACCIÓN RESOLUTORIA. 813
7. LA REVOCACIÓN. 814
III. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. 814
1. LAS POSIBLES SOLUCIONES A LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA. 814
2. ANTECEDENTES. 816
3. EL RESURGIMIENTO DEL PROBLEMA DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD. 817
4. LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. 818
5. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. 820
6. EFECTOS DE SU APLICACIÓN. 821
7. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN VENEZUELA. 821
BIBLIOGRAFÍA 824
JURISPRUDENCIA 825

CAPÍTULO 35. LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS 827
I. CONCEPTO. 827
II. EVOLUCIÓN DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS. 828
III. NATURALEZA DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS. 830
1. EL SISTEMA DE LA OFERTA. 830
2. LA TEORÍA DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS. 830
3. LA TEORÍA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD. 831
4. LA TEORÍA DE LA FIGURA *SUI GENERIS*. 831
IV. RAZONES PRÁCTICAS QUE EXPLICAN LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS. 831
V. REQUISITOS DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS. 832
1. VALIDEZ DEL CONTRATO. 832
2. INTERÉS DEL ESTIPULANTE. 832
3. INTENCIÓN DE ESTIPULAR A FAVOR DE TERCERO. 832
4. EL TERCERO BENEFICIARIO. 833
5. REQUISITOS DE FORMA. 833
VI. EFECTOS DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS. . 834
1. DERECHO DE CRÉDITO. 834
2. LA ACEPTACIÓN. 835
3. LA ACEPTACIÓN POR LOS ACREEDORES. 835
4. LA REVOCACIÓN. 836
5. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN. 837
VII. RELACIONES ENTRE LAS PARTES Y CON EL TERCERO BENEFICIARIO. 837
1. RELACIONES ENTRE EL ESTIPULANTE Y EL PROMITENTE. 837
2. RELACIONES ENTRE PROMITENTE Y TERCERO BENEFICIARIO. 837
VIII. LA PROMESA POR OTRO. 837
1. CONCEPTO. 838
2. DISPOSICIÓN LEGAL. 838
3. EFECTOS DE LA PROMESA POR OTRO. 839
BIBLIOGRAFÍA 839

CAPÍTULO 36. LA SIMULACIÓN 841
I. CONCEPTO. 841
1. DEFINICIÓN. 841
2. CARACTERÍSTICAS. 842
3. ES UN NEGOCIO JURÍDICO. 843
4. ES UN NEGOCIO NEUTRO. 843
II. CLASIFICACIÓN. 843
1. LA SIMULACIÓN ABSOLUTA. 843
2. LA SIMULACIÓN RELATIVA. 843
3. EL ACTO APARENTE Y SUS REQUISITOS. 844
4. EL ACTO VERDADERO Y SUS REQUISITOS. 845
5. EFECTOS DEL ACTO VERDADERO. 845
6. LA INTERPOSICIÓN DE PERSONAS. 846
III. LOS SUBADQUIRENTES. 847
1. CONCEPTO. 847
2. MALA FE DEL SUBADQUIRENTE. 847
3. EFECTOS RESPECTO DEL SUBADQUIRENTE. 847
IV. LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN. 848
1. CARACTERES. 848
2. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 848
3. LEGITIMACIÓN PASIVA. 849
4. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN. 849
A. El acto ostensible o aparente: 849
a) *Simulación y tacha de falsedad.* 849
B. El acto verdadero: 850
a) *Prueba entre las partes.* 850
b) *Limitaciones.* 850
c) *El contradocumento.* 851
d) *Prueba por los terceros.* 852

V. LA PRESCRIPCIÓN. 852
1. Respecto de los terceros. 852
2. Respecto de las partes. 853
3. Prescripción breve y prescripción ordinaria. 853
VI. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN POR SIMULACIÓN Y LA ACCIÓN PAULIANA. 854
BIBLIOGRAFÍA 855
JURISPRUDENCIA 856
CAPÍTULO 37. EL INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO TEMPORAL. LA MORA 857
I. RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO. 858
1. El retardo. 858
2. Fases del retardo. 858
3. Incumplimiento definitivo. 859
4. Transformación de la mora en incumplimiento definitivo. 860
II. CLASES DE MORA. 860
1. Por su origen: 860
A. Mora ex-contractu. 860
B. Mora ex-lege. 860
2. Según los sujetos de la obligación que hayan incurrido en mora 861
A. Mora accipiendi. .....
B. Mora solvendi: 861
a) La mora solvendi ex-re. 861
b) La mora solvendi ex-personam. 861
III. MORA DEL ACREEDOR. 861
A. Concepto. 861
B. Requisitos de la mora del acreedor. 862
C. Efectos de la mora del acreedor. 864

IV. LA MORA DEL DEUDOR.. 865
1. FUNDAMENTO LEGAL. 865
2. ELEMENTOS DE LA MORA. 865
V. REQUISITOS DE LA MORA SOLVENDI (MORA DEL DEUDOR). 866
1. LA OBLIGACIÓN DEBE SER VÁLIDA, CIERTA, LÍQUIDA Y EXIGIBLE. 866
2. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEBE SER POSIBLE. 867
3. DEBE SUBSISTIR EL INTERÉS DEL ACREEDOR. 867
4. ES NECESARIO UN RETARDO INJUSTIFICADO O IMPUTABLE AL DEUDOR. .. 868
5. ES NECESARIA LA INTERPELACIÓN. 868
A. Fundamento legal. 868
B. Casos en que no es necesaria la interpelación. 869
C. Requisitos para aplicar la regla "el día interpela por el hombre" (Dies Interpellat pro homine). 870
D. Casos en los que no es necesaria la interpelación: 872
a) *Cuando el deudor mismo hubiese reconocido estar en mora.* 872
b) *En los casos del deudor doloso.* 872
c) *Casos especiales.* 872
d) *Acuerdo de las partes.* 872
E. Personas que pueden efectuar la interpelación. 872
F. Personas a quienes debe ser dirigida la interpelación. .. 873
G. Formalidades de la interpelación: 873
a) *Formalidades sustanciales.* 873
b) *Formalidades extrínsecas.* 874
VI. EFECTOS DE LA MORA (Mora Solvendi). 875
1. PERPETUATIO OBLIGATIONEM. 875
2. DAÑOS Y PERJUICIOS. 875
VII. PURGA O EXTINCIÓN DE LA MORA. 877
1º CUANDO EL DEUDOR CUMPLE SU OBLIGACIÓN. 877
2º POR LA RENUNCIA A LA MORA. 877
3º POR LA PRESCRIPCIÓN. 877

4º Por la llamada "Compensatio Morae". 877
5º Por la sentencia desfavorable. 877
VIII. CASOS EN QUE NO EXISTE LA MORA. 877
1º En las obligaciones de no hacer. 878
2º El término útil. 878
3º Voluntad del deudor. 878
BIBLIOGRAFÍA 878
JURISPRUDENCIA 879
CAPÍTULO 38. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL 881
I. GENERALIDADES. 882
1. Disposiciones legales fundamentales. 882
2. Cumplimiento exacto de la obligación. 882
3. El incumplimiento. 883
A. Incumplimiento parcial. 883
B. El incumplimiento referido a las cualidades de la prestación. 883
C. La inexactitud puede referirse al lugar del pago. 883
D. El incumplimiento puede ser temporal. 883
E. El incumplimiento puede ser una obligación principal del contrato 884
4. El derecho del acreedor al cumplimiento. 884
II. ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. 885
1. Es necesaria la existencia de un contrato válido entre las partes. 885
2. Violación de una obligación contractual. 886
3. Violación de un interés del acreedor que nace del contrato. . 886
III. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.... 887
1. La culpa. 887
A) La culpa como fundamento de la responsabilidad contractual. 887

a) *Distintas doctrinas.* 887
b) *Obligaciones de medio y de resultado.* 888
c) *Obligaciones de garantía.* 888
d) *Conclusiones.* 889
B) La carga de la prueba de la culpa. 889
C) La diligencia del deudor. 891
2. EL DAÑO. 892
A) La previsibilidad del daño. 892
B) El daño directo. 896
C) El daño moral. 896
3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD. 897
A) Concepto y carga de la prueba. 897
B) Situaciones especiales. 898
a) *La responsabilidad de contratantes individuales en relación a un hecho que los vincula.* 898
b) *El daño causado por personas vinculadas.* 898
BIBLIOGRAFÍA 899
JURISPRUDENCIA 900
CAPÍTULO 39. LOS MAYORES DAÑOS POR EL RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS
I. INTRODUCCIÓN. 902
II. LIMITACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS. 902
1.EL ARTÍCULO 1277 DEL CÓDIGO CIVIL. 902
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 903
3. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 1277: 903
A) La norma equivalente en el Código Napoleón. 903
B) El Código Civil italiano de 1865. 903
C) El Código Civil venezolano de 1942. 904
D) La doctrina venezolana hasta la década de 1970. 904

III. DIVERSAS ESPECIES DE INTERESES. 905
1. INTERESES CORRESPECTIVOS. 905
2. INTERESES CONVENCIONALES. 906
3. INTERESES MORATORIOS. 906
4. INTERESES COMPENSATORIOS. 906
IV. LOS EFECTOS DE LA INFLACIÓN EN EL MAYOR DAÑO SUFRIDO POR EL ACREEDOR. 906
1. EL PRINCIPIO NOMINALISTA. 906
2. EL PERJUICIO DEL ACREEDOR. .....
3. EL MAYOR DAÑO EN AUSENCIA DE LA LIMITACIÓN LEGAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1277 DEL CÓDIGO CIVIL. 907
4. EL MAYOR DAÑO INDEPENDIENTEMENTE DE LA DEPRECIACIÓN DE LA MONEDA. 907
V. NORMAS ESPECIALES. 908
1. EL ARTÍCULO 108 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. 908
2. EL ARTÍCULO 170 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. 909
VI. LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA A PARTIR DE 1987.. 911
1. LA DOCTRINA. 911
A) La opinión del Dr. Melich (1969). 911
B) La opinión del Dr. Nikken. 912
C) La opinión del Dr. Gramcko. 912
D) Las ideas del Dr. Rodner. 912
E) El análisis del Dr. Lagrange. 913
2. LOS LAUDOS ARBITRALES. 915
3. LA JURISPRUDENCIA DE CASACIÓN. 915
A) La sentencia del 30 de septiembre de 1992. 915
B) La sentencia del 17 de marzo de 1993. 917
VII. CONCLUSIONES. 918
BIBLIOGRAFÍA 922
JURISPRUDENCIA 924

CAPÍTULO 40. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL 927
I. GENERALIDADES 928
1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LAS LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD. 928
2. EL CONSENTIMIENTO DE LA OTRA PARTE. 928
3. CLÁUSULAS EXONERATIVAS O LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD. 930
A) El dolo del deudor. 930
B) El mínimo contractual. 931
C) Daño a la integridad física de una persona. 931
D) Plazos de caducidad. 931
E) Condiciones generales de contratación aprobadas por una autoridad administrativa. 931
F) El hecho del dependiente. 932
G) Culpa leve. 932
4. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. 933
5. LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. 934
A) Generalidades y ámbito de aplicación. 934
B) Derechos de los consumidores. 934
C) Contratos de adhesión y condiciones generales de contratación. 935
D) Otras regulaciones legales. 936
6. FIJACIÓN CONVENCIONAL DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS. 936
7. CLÁUSULAS DE AGRAVACIÓN DEL DAÑO. 937
II. LA CLÁUSULA PENAL. 937
1. CONCEPTO. 937
2. DIVERSAS ESPECIES. 937
A) La cláusula penal compensatoria. 938
B) La cláusula penal moratoria. 938
3. NATURALEZA. 938
A) MEDIO DE COACCIÓN. 938

B) Regulación convencional de los daños y perjuicios. 938
C) Inmutabilidad. 940
D) Excepciones a la inmutabilidad de la cláusula penal. ... 940
4. DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES. 941
A) Fijación convencional de los daños y perjuicios. 941
B) La condición. 942
C) La obligación alternativa. 942
D) La fianza. 942
E) La cláusula penitencial. 943
5. EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL. 943
A) La causa extraña no imputable. 943
B) La inmutabilidad. 943
C) Obligación divisible. 944
D) Obligación indivisible. 944
6. LA CLÁUSULA PENAL MORATORIA ES EXIGIBLE POR EL SIMPLE RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO. 944
III. LAS ARRAS. 945
1. CONCEPTO. 945
2. DIFERENCIAS CON LA CLÁUSULA PENAL. 946
3. DIVERSAS ESPECIES 946
BIBLIOGRAFÍA 947
JURISPRUDENCIA 948
CAPÍTULO 41. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO BILATERAL LA TEORÍA DE LOS RIESGOS 949
I. INSTITUCIONES APLICABLES A LOS CONTRATOS BILATERALES O SINALAGMÁTICOS 949
II. CONCEPTO. 951
1. LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS DEL CONTRATO. 951
2. LOS RIESGOS DE LOS CONTRATOS UNILATERALES 952
3. LA TEORÍA DE LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS BILATERALES 952

4. LA EXCLUSIÓN DE LOS RIESGOS EN RELACIÓN A LAS OBLIGACIONES QUE TIENEN POR OBJETO UN GÉNERO. 953
III. LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS BILATERALES NO TRASLATIVOS DE PROPIEDAD. 953
IV. EFECTOS DE LOS RIESGOS DEL CONTRATO EN LOS CONTRATOS NO TRASLATIVOS DE PROPIEDAD 955
V. LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS BILATERALES TRASLATIVOS DE PROPIEDAD 955
1. DERECHO ROMANO. 955
2. CÓDIGO NAPOLEÓN. 956
3. FUNDAMENTO DE LA REGLA *RES PERIT DOMINO.*
4. LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD COMO EFECTO DEL CONSENTIMIENTO. 957
A) Los contratos con inmediata eficacia real. 957
B) Los contratos obligatorios. 957
VI. EL ORDEN PÚBLICO NO ESTÁ INTERESADO EN LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS. 959
VII. EXISTENCIA DE UN TÉRMINO. VIII. LA OBLIGACIÓN CONDICIONAL. 959
BIBLIOGRAFÍA 961
CAPÍTULO 42. LA EXCEPCIÓN NON ADIMPLETI CONTRACTUS 963
I. CONCEPTO. 963
II. ANTECEDENTES. 964
III. FUNDAMENTO. 964
IV. DISPOSICIÓN LEGAL. 965
V. DIFERENCIA ENTRE LA EXCEPCIÓN NON ADIMPLETI CONTRACTUS Y EL DERECHO DE RETENCIÓN 965
VI. CONDICIONES PARA LA PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN *NON ADIMPLETI CONTRACTUS* 967
1º DEBE TRATARSE DE UN CONTRATO BILATERAL 967
2º EL INCUMPLIMIENTO DEBE SER CULPOSO. 968

3º LAS OBLIGACIONES DEBEN SER DE EJECUCIÓN O CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO 968
4° DEBE SER OPUESTA DE BUENA FE 969
5º NO ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN JUDICIAL 971
VII. EFECTOS DE LA EXCEPCIÓN *NON ADIMPLETI CONTRACTUS*. 971
VIII. NATURALEZA DE LA EXCEPCIÓN Y ASPECTOS PROCESALES QUE PUEDE PLANTEAR. 972
1° ES UNA DEFENSA DE FONDO. 972
2°. LA CARGA DE LA PRUEBA. 972
3° DEMANDA DE RESOLUCIÓN Y EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO. 973
4° RECONVENCIÓN. 973
5° LA COSA JUZGADA. 973
IX. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS. 974
BIBLIOGRAFÍA 974
JURISPRUDENCIA 975
CAPÍTULO 43. LA ACCIÓN RESOLUTORIA 977
I. CONCEPTO 978
II. DISPOSICIÓN LEGAL 978
III. DIFERENCIAS CON OTROS MEDIOS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS 978
1. DIFERENCIAS CON LA NULIDAD 979
2. DIFERENCIAS CON LA RESCISIÓN 979
3. DIFERENCIAS CON LA DISOLUCIÓN 980
4. DIFERENCIAS CON LA REVOCACIÓN 980
IV. EVOLUCIÓN DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA 981
1. FUNDAMENTO EN EL DERECHO ROMANO 981
2. EVOLUCIÓN EN EL DERECHO INTERMEDIO HASTA NUESTRO CÓDIGO CIVIL DE 1942 982
3. FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA 984 EN EL DERECHO MODERNO. 984

V. REQUISITOS DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA 986
1. Es necesario que se trate de un contrato bilateral 986
2. Es necesario incumplimiento culposo de la obligación por la parte demandada 988
3. El actor debe proceder de buena fe. 989
4. Es necesario que el juez decrete la resolución 990
5. No es subsidiaria. 991
6. No es necesaria la mora del deudor 991
VI. POSIBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO. 992
VII. PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR LA ACCIÓN RESOLUTORIA 992
VIII. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. 992
1. Entre las partes 992
A) Efectos liberatorios 992
B) Efectos restitutorios 993
C) Daños y perjuicios 995
2. Efectos respecto de terceros 996
A) Protección de los terceros 996
B) Los derechos reales constituidos por el subadquirente. 997
C) Efectos de la cosa juzgada 998
IX. CARÁCTER AUTÓNOMO DE LA ACCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS 998
X. LA RESOLUCIÓN CONVENCIONAL 998
XI. LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO 999
XII. LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUCIOS 1.000
XIII. DIFERENCIAS CON LA EXCEPCIÓN *NON ADIMPLETI CONTRACTUS.* 1.001
BIBLIOGRAFÍA 1.002
JURISPRUDENCIA 1.003

Capítulo 23
LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO
CONCEPTO DE CONTRATO

SUMARIO

I. NOCIONES GENERALES. - A. Actos y negocios jurídicos. B. Negocios jurídicos. 1. Definición. 2. Unilaterales. 3. Recepticios y no recepticios. 4. Bilaterales. C. Acuerdos, convenciones y contratos. 1. Concepto. 2. Diferencias entre contrato y convención.- II. EL CONTRATO. CONCEPTO. A. Concepción amplia. B. Concepción restringida. C. Definiciones del término contrato en Venezuela. D. Teoría general del contrato.- III. EVOLUCIÓN DEL TÉRMINO CONTRATO. A. Derecho Romano. B. Edades Media y Moderna. Surgimiento del principio consensualista. C. Caracteres de la evolución. IV. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 1. Principales efectos en el Derecho Moderno. 2. La decadencia del principio de la autonomía de la voluntad. V. LA NOCIÓN DE CONTRATO. A. Definición legal. B. Caracteres del contrato: 1º. El contrato es una convención. 2º. El contrato regula relaciones o vínculos jurídicos de carácter patrimonial. 3º. El contrato produce efectos obligatorios entre las partes. 4º. El contrato es fuente de obligaciones. 5º El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento de la obligatoriedad del contrato. VI. IMPORTANCIA SOCIO-ECONÓMICA DEL CONTRATO. A. La función instrumental del contrato. B. Clasificación del contrato desde el punto de vista instrumental. 1. Sobre relaciones patrimoniales familiares. 2. De cambio. 3. Gratuitos. 4. De colaboración. 5. Asociativos. 6. De prevención de riesgos. 7. De conservación y custodia. 8. Judiciales. 9. De crédito. 10. Constitutivos de derechos reales. VII. EL CONTRATO COMO ESTRUCTURA TÉCNICO JURÍDICA. A. Contenido material del contrato. B. La calificación jurídica. C. Prueba.

I. NOCIONES GENERALES

A. Actos y negocios jurídicos

(836) De una manera general puede afirmarse que el acto jurídico es toda manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos. Esa manifestación de voluntad puede ser de distinta naturaleza y perseguir diversos fines. En primer lugar hay actos que consisten en la ejecución inmediata de una voluntad, que están dirigidos necesariamente a la obtención inmediata de un resultado material, sin que requieran la intencionalidad de dirigir a otra persona esa manifestación de voluntad. Ello ocurre con los actos de posesión, la percepción de frutos, la ocupación de un inmueble, que producen efectos jurídicos porque la ley se los reconoce, independientemente de la voluntariedad o intencionalidad del sujeto de derecho que los realiza. En segundo lugar, existen actos constituidos por manifestaciones de voluntad encaminadas a obtener determinados efectos que por disposición expresa del legislador producen efectos, inclusive distintos de los que su autor quiso; así ocurre con la interpelación del deudor de una obligación cierta, líquida y exigible, porque si el acreedor sólo persigue el pago de dicha obligación, obtiene también los efectos de la mora del deudor y la interrupción de la prescripción, efectos adicionales a los que el acreedor buscó. En tercer lugar, existen manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos considerados por el legislador como emanados directa y dependientes de la voluntad del sujeto, que están destinados a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica o de un *status* jurídico. Se trata entonces de los negocios jurídicos.

B. Negocios jurídicos

1. Definición

(837) De una manera general, por negocio jurídico se entiende el acto en virtud del cual un sujeto de derecho regula sus propios

intereses en las relaciones con otros, con sujeción a las normas que el ordenamiento jurídico positivo dispone para determinar sus efectos típicos.

La doctrina distingue, entre otras, la clasificación de los negocios jurídicos en unilaterales y bilaterales.

2. *El negocio jurídico unilateral*

Es el que resulta de una sola de-claración de voluntad y produce efectos para quien la emite, inde-pendientemente de la voluntad de otro sujeto de derecho, y aun en contra de esta última voluntad. Así ocurre con la renuncia a una herencia. Dentro de este orden de ideas, es conveniente aclarar que no toda declaración de voluntad constituye necesariamente un negocio jurídico, porque existen situaciones en que la declaración unilateral de voluntad no produce por sí sola efectos jurídicos, sino que para ello necesita de otra declaración de voluntad que unida a ella forme el negocio jurídico; tal es el caso de la oferta simple de contratar, que necesita de la aceptación de otra persona para que se forme el negocio jurídico.

3. *Los negocios jurídicos unilaterales se han clasificado en recepticios y no recepticios*

Recepticio es el negocio jurídico dirigido a un determinado destinatario y sólo existe cuando se pone en conocimiento de ese destinatario (oferta para contratar); por ello son considerados como revocables mientras no estén en conocimiento de dicho destinatario e irrevocables después de haber tal conocimiento.

No recepticio es aquel negocio jurídico que está caracterizado por no estar dirigido a persona determinada y produce efectos, independientemente de su comunicación a persona alguna (oferta pública de recompensa), basta que la manifestación de voluntad haya sido emitida por su autor. Por tal circunstancia es irrevocable, dadas las necesidades y la seguridad jurídica que rodean a toda comunidad

organizada. Por excepción, el testamento (negocio jurídico unilateral y no recepticio) es por su esencia revocable (Art. 833 CC).

4. *El negocio jurídico bilateral* es aquel que está compuesto o integrado por dos o más manifestaciones de voluntad que conjugadas producen efectos para todas las partes. Como casos típicos de negocios jurídicos bilaterales tenemos el acuerdo, la convención y el contrato.

C. Acuerdos, convenciones y contratos

1. Concepto

(838) Acuerdo es un negocio jurídico bilateral que consiste en la manifestación de voluntad de dos o más personas que coinciden en la determinación o solución de un asunto de interés común. En el acuerdo, si bien requiere la coincidencia de voluntades de dos o más personas intervinientes que manifiesten idéntica voluntad, basta que esa idéntica voluntad sea manifestada por la mayoría y no por todas las personas que intervienen: acuerdo de la asamblea de accionistas (Art. 289 del C. Com), acuerdo de la mayoría de los comuneros para la administración de la cosa común (Art. 764 CC). En cambio, la convención y el contrato sí requieren de la voluntad unánime de todos los intervinientes.

La convención significa textualmente un concierto entre dos o más personas para realizar un determinado fin.

De una manera general, la convención involucra un concurso o coincidencia de voluntades destinadas a la realización de un determinado fin. La naturaleza de ese fin será decisiva para la calificación de la convención como jurídica o no jurídica. La concurrencia de voluntades en relaciones de amistad, cortesía, o simplemente sociales, son convenciones que no tienen relevancia jurídica y por lo tanto están fuera del campo del Derecho. Cuando coinciden de modo unánime varias voluntades para producir un efecto jurídico, estamos en presencia de una convención jurídica.

Desde un punto de vista jurídico, la convención es un negocio jurídico bilateral integrado por varias voluntades identificadas en la

consecución de un fin u objeto jurídico. Es un acuerdo unánime de voluntades destinado a producir un efecto jurídico.

El contrato es considerado por la mayor parte de la doctrina moderna como una especie de convención. Se dice que tiene la misma relación que existe entre la especie y el género. Desde este punto de vista, todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato. Nuestro Código Civil define el contrato como una especie de convención en el artículo 1133: "El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, trasmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico".

2. Diferencias entre contrato y convención

(839) La doctrina se ha preocupado de establecer diferencias entre los términos contrato y convención, exponiéndose diversos criterios que responden en cierto modo a las concepciones imperantes en las respectivas épocas.

En Roma, como es sabido, imperaba el sistema formalista de contratación, cuya característica radicaba en la necesidad de cumplir determinadas formalidades para que surgieran relaciones obligatorias. No era suficiente el simple acuerdo de voluntades para producir una obligación; en otras palabras, la convención no era capaz de engendrarlas. Las obligaciones sólo surgían de los contratos, para los cuales no bastaba el simple acuerdo de voluntades, sino que debía cumplirse una determinada formalidad: la entrega de la cosa en los contratos reales, la pronunciación de ciertas palabras en los contratos *verbis,* la redacción de un escrito en los contratos *litteris.*

De tales características surgió el primer gran criterio diferenciador entre la convención y el contrato. La convención era el acuerdo de voluntades destinado a producir un efecto jurídico cualquiera, distinto de la creación de obligaciones. Las convenciones se destinaban a reglar, modificar, transmitir y aun extinguir una obligación, pero no eran capaces de crearlas *(Nuda pacta obligationem non parit).* En cambio,

los contratos eran las convenciones aptas para engendrar obligaciones y en los cuales, para producir tal efecto, debían cumplirse determinadas formalidades. Desde este punto de vista, el contrato era una especie de convención. Todo contrato era una convención, pero no toda convención era un contrato.

El sistema formalista de contratación va a transformarse a lo largo de las Edades Media y Moderna, bajo el influjo de la corriente espiritualista, fruto del cristianismo en el terreno filosófico y del Derecho Canónico en el campo netamente jurídico. El principio de la autonomía de la voluntad adquiere una importancia relevante en los sistemas de contratación. Para que una persona se encuentre vinculada mediante un contrato, para que una persona se obligue, basta con que hubiera manifestado libremente su voluntad de obligarse y tal manifestación de voluntad se conjugue con la voluntad libremente manifestada por otro sujeto de derecho *(Pacta sunt servanda)*. En otras palabras, el consentimiento va a ser determinante para la celebración de un contrato: el sistema consensualista va a reemplazar o sustituir casi en su totalidad al sistema formalista de contratación.

En el Derecho Moderno puede afirmarse que el sistema consensualista de contratación acerca los conceptos de contrato y convención. Siendo la convención caracterizada por la concurrencia de voluntades en la consecución de un efecto jurídico, no existe duda alguna de que se identifica con el contrato, negocio jurídico también bilateral, caracterizado por la concurrencia o conjugación de voluntades destinadas de un modo general a producir efectos jurídicos. Sin embargo, el Derecho Moderno asume diversas posturas por lo que respecta a la diferenciación entre una y otra noción, pudiendo señalarse dentro de ellos dos tendencias antagónicas, a saber: la concepción amplia, que consiste en identificar el contrato con la convención, y la concepción restringida, que observa diferencias tajantes entre dichas figuras.

II. El contrato. Concepto

A. Concepción amplia

(840) Parte de la idea de que siendo el contrato un acuerdo unánime entre dos o más personas para constituir, reglar, modificar o extinguir un vínculo jurídico, nada puede diferenciarlo de la convención, que no es más que un negocio jurídico bilateral, integrado por manifestaciones unánimes de voluntad destinadas a producir los mismos efectos jurídicos del contrato.

B. Concepción restringida

(841) La imposibilidad de separar los elementos característicos de la convención y el contrato, ha determinado que la tendencia a diferenciar ambas nociones se fundamente, no en sus elementos estructurales, sino en el objeto de las mismas. El contrato seria la convención que tiene por objeto constituir reglar, transmitir, modificar, o extinguir relaciones jurídicas de tipo patrimonial, sería todo acuerdo unánime destinado a producir efectos jurídicos en relaciones jurídicas de tipo patrimonial; por ejemplo, la donación, la venta. La convención estaría referida a la creación, regulación y extinción de las relaciones jurídicas personales o familiares, tales como la separación de cuerpos, el matrimonio y otras de alcances jurídicos diferentes a la relación patrimonial.

Este criterio parece ser el que ha inspirado al Código Civil Italiano de 1942, que define el contrato como un acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o disolver entre ellas una relación jurídica patrimonial (art. 1321).

Para la doctrina francesa, el contrato es una especie de convención que presenta como característica fundamental el crear obligaciones. La convención sería todos aquellos negocios jurídicos bilaterales

destinados a regular, modificar o extinguir vínculos jurídicos u obligaciones.

El criterio de la doctrina francesa tiene su origen en el criterio de POTHIER, quien en su Tratado de Obligaciones definía al contrato como la especie de convención que tiene por objeto formar alguna obligación. Este criterio, influido indudablemente por el Derecho Romano, determina la definición de contrato adoptada por el Código Napoleón en su artículo 1101: "El contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras personas a dar, hacer o no hacer alguna cosa"; definición que viene siendo repetida por la mayoría de los autores franceses hasta nuestros días. El contrato es, pues, considerado como una especie de convención destinado sólo a crear obligaciones.

C. Definiciones del término contrato en Venezuela

(842) En Venezuela, nuestros dos primeros Códigos Civiles (los de 1862 y 1867) definían al contrato de modo similar al del Código Napoleón. Dichos Códigos establecían: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (art. 1º del Título I del Libro Cuarto del Código Civil de 1862; y art. 878 del Código Civil de 1867).

En el Código de 1873 la definición de contrato fue influenciada decisivamente por el Código Italiano de 1865, expresándose que "el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, o modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico"; definición que es repetida en todos los C.C. posteriores hasta el vigente (de 1942), en el cual se introduce el verbo transmitir: "El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico". Como puede observarse, si bien nuestro C.C., sin lugar a dudas, considera al contrato como una especie de convención, le confiere un contenido tan amplio

que es difícil diferenciarlo por su objeto de la convención, al no exigir expresamente que se refiera a vínculos jurídicos de carácter patrimonial.

D. Teoría general del contrato

(843) Como fuente principalísima de obligaciones, el contrato debe ser estudiado desde el punto de vista de sus estructuras, clasificaciones y efectos, que son generales a todo tipo de contrato e independientes de los tipos particulares de los mismos. Tal estudio es denominado en la doctrina como teoría general del contrato y tiene un amplio y diverso contenido, a saber:

1º. El concepto de contrato. 2º. La clasificación de los contratos. 3º. La estructura del contrato, comprendiendo sus diversos elementos. 4º. Los efectos de los contratos. 5º. La terminación de los contratos.

En las páginas siguientes nos dedicaremos al desarrollo de la teoría general del contrato.

Aun cuando la teoría del negocio jurídico está ampliamente desarrollada en la doctrina alemana e italiana, sólo el Código Civil Alemán contiene normas sobre el negocio jurídico, no así el Código Civil Italiano de 1942, como tampoco nuestro Código Civil vigente.

Sin embargo, debe advertirse que la mayoría de los principios que regulan el contrato, son aplicables a la teoría del negocio jurídico en general.

III. Evolución del término contrato

A. Derecho Romano

(844) La expresión contrato nos viene del latín *contractus* (de *cum y trabo,* venir de uno o convenir). Sin embargo, es muy distinto el concepto romano de contrato al concepto admitido por el Derecho Moderno, que es producto de una larga evolución.

En Roma, en los primeros tiempos, especialmente dominaba en materia de contratos el llamado sistema formalista de contratación, según el cual para que surgiera un contrato era necesario el cumplimiento de una determinada formalidad el cumplimiento de las formalidades *per aest libram,* en el *nexum;* el pronunciamiento de determinadas palabras rituales, en los contratos *verbis;* la redacción de un escrito, en los contratos *litteris*. La simple manifestación de voluntad libremente expresada, la circunstancia de que las partes quisieran realizar un contrato, no era por sí sola capaz de generarlos. El solo consentimiento de las partes no era apto para obligarlas, constituía apenas un simple pacto *(nudo pacto)* que no era suficiente para crear obligaciones ni engendrar acción alguna. *(Ex nudo pacto, actio non nascitur);* principio que va a ser recogido durante la Edad Media por los glosadores al afirmar que los simples pactos no producen obligaciones *(nuda pacta obligationem non parit).*

El contrato era en Roma la única figura capaz de producir o crear obligaciones y para celebrarlo era necesario el cumplimiento de determinadas formalidades. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, el rígido formalismo primitivo va atenuándose, transformándose las formalidades en otras. El surgimiento mismo del contrato real es una prueba más de esta evolución, cuando se admite la simple entrega de la cosa para perfeccionarlo, en lugar de las complicadas formalidades primitivas.

Durante los últimos años de la República y especialmente en el Imperio, en forma fragmentaria y dispersa, comienza a aceptarse en casos muy aislados que los simples pactos puedan en determinadas circunstancias engendrar obligaciones, cuando eran ejecutados por algunas de las partes (pactos vestidos). Al mismo tiempo comienza a desarrollarse la idea de que un contrato pudiese ser celebrado con el solo consentimiento de los contratantes, lo que lleva después de larga evolución al surgimiento del contrato consensual como figura evolucionada en los cuatro contratos más frecuentes: el arrendamiento, la venta, la sociedad y el mandato.

Igualmente, los romanos concebían a los contratos como figuras jurídicas que producían un vínculo con un contenido determinado (sistema cerrado o *numerus clausus)* y sólo esas determinadas figuras engendraban acción; los contratos innominados, con un contenido diverso, sólo aparecen en etapas muy desarrolladas y se convertían en obligatorios cuando eran cumplidos por algunas de las partes. Corresponde fundamentalmente al Derecho Pretoriano la admisión de estas profundas transformaciones.

Sin embargo, no puede decirse que los romanos llegaran a estructurar jamás un concepto general de contrato, de alcance y contenido omnicomprensivo. No obstante la admisión de los pactos y de los contratos innominados, el principio imperante continuó siendo el formalista.

B. Edades Media y Moderna. Surgimiento del principio consensualista

(845) El sistema formalista de contratación, heredado de Roma, va a experimentar fuertes embates a lo largo de las Edades Media y Moderna. El cristianismo y la filosofía *jus naturalista* introducen en el campo jurídico elementos éticos basados en la dignidad del hombre.

Se concibe al hombre como un ser independiente y libre, que sólo por su propia voluntad puede decidir limitarse en su libertad; tal concepción en el terreno jurídico, lleva necesariamente a la conclusión de que lo fundamental para que se considere a una persona obligada respecto de otra es la libre expresión de su voluntad y no el cumplimiento de determinadas formalidades. El principio *pacta sunt servanda* desplaza al principio *ex nudo pacto actio non nascitur.* El Derecho Canónico implanta y propaga aquel principio, que va a encontrar un fuerte apoyo, primero en las actividades de los comerciantes y posteriormente en el campo de la filosofía *jus naturalista*, que proclama la libertad de contratar no sólo en el campo del derecho privado sino aún en el terreno del derecho político. En los siglos XVII y XVIII, el liberalismo económico constituye a su vez un

fuerte cimiento a la tesis de la plena libertad de contratar. Todas las nuevas ideas se van a resumir en el plano jurídico en la máxima *"solus consensus obligat"*, acogida en toda su plenitud por el gran jurista francés POTHIER, quien a su vez influencia decisivamente al Código Napoleón, que consagra de modo sistemático el principio consensualista en materia de contratos.

C. Caracteres de la evolución

(846) Como resultado de esta larga evolución pueden señalarse tres caracteres fundamentales: Primero: La suplantación del sistema formalista de contratación, que atendía fundamentalmente al cumplimiento de determinadas formalidades (causa *civilis*), por el sistema consensualista, que atiende especialmente a la libre expresión de la voluntad de las partes y por lo tanto fija en el consentimiento la base vinculatoria del contrato. Segundo: El surgimiento del principio de la autonomía de la voluntad, por el cual sólo la voluntad libremente expresada es capaz de obligar a una persona. Tercero: La multiplicación en el Derecho Moderno de los contratos consensuales (que se perfeccionan por el solo consentimiento) y de los contratos innominados, con diversidad de contenidos.

IV. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

1. Principales efectos en el Derecho Moderno

(847) El principio de la autonomía de la voluntad consiste en considerar que toda persona sólo puede obligarse en virtud de su propio querer libremente manifestado. Sólo la voluntad de un sujeto de derecho es apta para producir obligaciones. En el campo contractual el principio produce efectos determinados que contribuyen a perfilar aún más sus alcances, a saber: *Primero:* Las partes pueden pactar entre

ellas las prestaciones que deseen, siempre que no violen el orden público o las buenas costumbres. Ello ha facilitado enormemente en el Derecho Moderno el uso de los contratos innominados. *Segundo:* El consentimiento es la piedra angular para la formación de la mayoría de los contratos, lo que explica el auge y la abundancia de los contratos consensuales y la limitación de los otros dos tipos de contratos: los reales y los solemnes. *Tercero:* Las partes son libres de regular como bien lo quieran las prestaciones de un contrato, siempre que reúnan todos los requisitos exigidos: posible (natural y jurídicamente), determinada o determinable, lícita (que no sea contraria a la ley, el orden público ni a las buenas costumbres), valorable económicamente y corresponder a un interés legítimo del acreedor. Por ello, la mayoría de las normas legales en materia de contratos son supletorias de la voluntad de las partes, rigen en los casos en que nada haya sido previsto por éstas. Igualmente las partes pueden derogar la mayoría de las normas del Código Civil, y aun establecer formalidades especiales distintas de las legales, o de las no contempladas en el ordenamiento legal. *Cuarto*: Con el auge del liberalismo económico, la autonomía de la voluntad es prácticamente absoluta, teniendo como único límite el orden público y las buenas costumbres, que se manifiestan fundamentalmente a través del objeto ilícito y la causa ilícita. El Estado tiene entonces un simple papel de supervisar las relaciones entre particulares. El llamado "estado policía" solo interviene excepcionalmente en la libertad de contratar. Entre nosotros la ley del 10 de abril de 1834 sobre libertad de contratación es una manifestación de que el principio de la autonomía de la voluntad prácticamente no tiene límites, (aunque la ley regula más bien aspectos procesales en sus considerandos expesa: "la libertad, igualdad y seguridad de los conratos son uno de los medios poderosos que puede contribuir a la prosperidad de la República"), pero apenas doce años después aparecen normas de orden público que reducen la autonomía de la voluntad: la ley del 1º de abril de 1846 que regula el arrendamiento de casas, concediendo al inquilino un plazo de 80 días para la desocupación y para el aumento del alquiler; la ley de abril de 1848 que atenúa los efectos de la Ley sobre Libertad

de Contratación, fijando reglas para el remate de bienes, limitando el interés convencional a un máximo del nueve por ciento anual y fijando el interés legal en cinco por ciento anual. Finalmente la ley del 19 de junio de 1861 que reduce la tasa del interés legal.

2. La decadencia del principio de la autonomía de la voluntad

(848) A partir del comienzo del presente siglo se observa un movimiento en contra del principio de la autonomía de la voluntad como único fundamento del contrato, no solo por las limitaciones que la ley impone a la libertad de las partes, sino inclusive en sus fundamentos filosóficos.

El principio de la autonomía de la voluntad se fundamenta en la idea de que el hombre es libre y que en ejercicio de esa misma libertad puede limitarla, creando obligaciones a favor de terceros mediante la manifestación libre de su propio querer. Sin embargo, se ha observado atinadamente que el hombre vive en sociedad, lo que crea necesariamente relaciones de interdependencia entre sus distintos miembros. Además, no existe la "Libertad" como un concepto general y autónomo, sino distintas libertades individuales: libertad de ejercer una profesión, libertad de trabajar, libertad de ejercer una industria, comercio, libertad de transitar, y entre ellas la libertad de contratar. Como contrapeso a esas libertades individuales existen derechos subjetivos de las demás personas. Entre todas esas distintas libertades existe una jerarquía, que viene determinada por la interdependencia entre los diversos miembros de la sociedad, de manera que al ejercer una de esas libertades no se lesionen los derechos y libertades de los demás miembros de la sociedad. Es precisamente el derecho objetivo el que va a determinar esa jerarquía y esos límites. En consecuencia, la autonomía de la voluntad es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato en la medida en que la ley lo permita.

Desde otro punto de vista no puede desconocerse la desigualdad social y económica entre las distintas personas, naturales y morales, que desarrollan sus actividades en la sociedad.

El derecho objetivo tiene que establecer un equilibrio jurídico entre estas fuerzas, apareciendo así la noción del débil jurídico, a quien el derecho objetivo debe proteger frente a los más poderosos. Surgen así nuevas ramas del Derecho que tienden a la protección de ciertos sectores, como el Derecho del Trabajo, el Derecho Agrario, el Derecho Inquilinario. La excesiva protección y regulación de ciertos "débiles jurídicos" producen en la práctica la aparición de sectores que para poder sobrevivir desconocen la aplicación de las normas, inclusive de aquellas que deberían protegerlos. Nace así lo que se denomina entre nosotros el sector informal de la economía.

La desigualdad entre las partes contratantes es a veces evidente, y no necesariamente perjudicial para una eficiente y equitativa distribución de los bienes. Hoy en día la mayoría de los contratos no se celebran entre personas naturales, sino entre personas morales, o entre estas y personas naturales. Desde el punto de vista económico es deseable que la organización más eficiente, (mejor organizada, con mejores fuentes de suministro, con personal más capacitado), pueda actuar con libertad y acceder a todos los mercados. Esto justifica plenamente la existencia de una serie de empresas poderosas que para operar requieren contratos uniformes, mediante los cuales pueden imponer sus estipulaciones a la otra parte contratante. En el contrato de adhesión una de las partes impone el contenido del contrato; la autonomía de la voluntad de la otra parte está limitada a aceptar o no el contrato que se le presenta. Para evitar el abuso, aparece el derecho de los consumidores (Ley de Protección al Consumidor); y la doctrina y la jurisprudencia estudian y amplían el concepto de las cláusulas abusivas y su eventual declaratoria de nulidad.

La libertad sin frenos, sin límite alguno, produce una anarquía en la distribución de los bienes, por lo cual se hacen necesarios correctivos que permitan una distribución más equitativa, lo que implica la regulación de ciertas actividades. La prohibición de los monopolios (Art. 97 CN) no es necesariamente la mejor medida para ello, por eso hoy se tiende más bien a una regulación que permita la distribución

más eficiente de los bienes (Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia - 30-12-91 y la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional - 26-3-93).

El Estado no solamente interviene en la protección de los débiles jurídicos sino también en la planificación de la economía (Arts. 95 y 98 de la Constitución Nacional), lo que implica, además de la existencia de normas que protegen a los débiles jurídicos, la regulación detallada de ciertas actividades, como la intermediación financiera, la intermediación en la colocación y venta de títulos valores al público, los seguros, el transporte, la venta de parcelas urbanizadas, la venta en propiedad horizontal, y de tantas otras actividades. Aparece así lo que se ha denominado el contrato dirigido, cuyo contenido requiere a veces la previa aprobación de órganos del Poder Público (Pólizas de Seguros - Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros).

Todo ello ha conducido a un desarrollo exagerado de la noción de orden público, siendo cada día mayor el número de normas que no son derogables por la voluntad de los particulares. El nuevo orden público implica la existencia de múltiples normas imperativas, contenidas no solo en la Constitución, sino en las leyes, Decretos, Reglamentos, Resoluciones Ministeriales y en otras fuentes de menor jerarquía.

Posteriormente aparece el contrato "obligatorio", en el cual una de las partes ya ni siquiera tiene la libertad de contratar o no, sino que tiene la obligación de contratar con quienes requieran sus servicios, generalmente servicios públicos (teléfono, suministro de electricidad, agua). Inclusive, el Derecho objetivo prevé el contrato obligatorio sin que exista un servicio público, como la obligación de arrendar las viviendas desocupadas o vacantes a que se referían los artículos 21 y 23 de la Ley de Regulación de Alquileres derogada.

El régimen democrático supone el consenso de las mayorías y por ello requiere la de la adhesión de los gobernados, estableciéndose al efecto procedimientos de colaboración y cooperación entre las eventuales partes contratantes, de lo cual encontramos un germen en

la Comisión Tripartita para revisar los salarios mínimos previstos en el artículo 167 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Ahora bien, a pesar de todas estas limitaciones que no deben caer ni en excesos de dirigismo, ni en la aceptación de la llamada libertad "salvaje", el contrato sigue siendo el medio jurídico indispensable y adecuado para el intercambio de bienes y servicios, y aun cuando limitada por el ordenamiento jurídico, la autonomía de la voluntad sigue siendo el fundamento de la obligatoriedad del contrato.

V. LA NOCIÓN DE CONTRATO

A. Definición legal

(849) El contrato es definido por nuestro C. C. (art. 1133) como "una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vinculo jurídico". En la reforma de 1942 se añadió el concepto "transmitir" un vínculo jurídico, que efectivamente es uno de los efectos del contrato.

B. Caracteres del contrato

(850) De la definición transcrita podemos señalar los caracteres más importantes, a saber:

1º. El contrato es una convención

El contrato constituye una especie de convención, puesto que involucra el concurso de las voluntades de dos o más personas conjugadas para la realización de un determinado efecto jurídico, que puede consistir en la creación, regulación, transmisión, modificación o extinción de un vínculo jurídico de naturaleza patrimonial.

No es necesario que las manifestaciones de voluntad integrantes del contrato sean idénticas, sino basta con que se conjuguen o

complementen y coincidan en la realización del efecto jurídico deseado. Así se explica cómo las partes de un contrato, no obstante representar a menudo intereses contrapuestos, puedan aunar sus voluntades en la obtención de un efecto deseado por ambas.

Siendo una convención, no hay duda de que el contrato pertenece a los negocios jurídicos bilaterales, caracterizados por la concurrencia de dos o más manifestaciones de voluntad que al conjugarse producen determinados efectos para todas las partes.

Dado que nuestro Código Civil acoge, por decirlo así, un concepto bastante amplio del contrato, es difícil llegar a establecer diferencias tajantes con la convención. No obstante, las diferencias señaladas en relación con el contenido eminentemente patrimonial de las relaciones jurídicas objeto del contrato, pueden servir de criterio de distinción.

2º El contrato regula relaciones o vínculos jurídicos de carácter patrimonial, susceptibles de ser valorados desde un punto de vista económico

Dentro del negocio jurídico, el contrato es el instrumento más apto y frecuente utilizado por las personas para reglamentar sus relaciones económicas y pecuniarias.

El carácter eminentemente patrimonial de las obligaciones objeto del contrato es quizás el signo peculiar del mismo y lo que permite distinguirlo de la convención propiamente dicha, reservada para las relaciones jurídicas de carácter extrapatrimonial.

Esto no significa que todas las prestaciones deban tener un contenido patrimonial, pero que sean susceptibles de valoración económica.

La actuación de una orquesta para deleite de una persona y sus invitados no tiene en sí misma un contenido patrimonial, pero la prestación de tales servicios es susceptible de valorarse económicamente: el precio de mercado que cobrarían los integrantes de la orquesta para actuar en un teatro que los presente con fines comerciales.

3º. El contrato produce efectos obligatorios entre las partes

Siendo el contrato el resultado de la libre manifestación de voluntad de las partes contratantes e imperando en el Derecho Moderno el principio consensualista, es obvio que sea de obligatorio cumplimiento para las partes, quienes así lo han querido y consentido en limitar sus respectivas voluntades.

4º. El contrato es fuente de obligaciones

El contrato constituye una de las principales fuentes de obligaciones, quizás la que engendra mayor número de relaciones obligatorias. No hay duda de que es una figura desencadenante de derechos y deberes, de comportamientos y conductas.

El contrato genera obligaciones y la doctrina (MESSINEO) admite que en algunas situaciones y en determinados aspectos, se superponen ambas nociones; ello ocurre, por ejemplo, en materia de ejecución de contrato y de cumplimiento de la obligación, en materia de objeto de contrato y objeto de la obligación, y muy especialmente en relación con la prestación contractual. Sin embargo, no debe perderse de vista que no obstante los aspectos coincidentes, el contrato es un hecho constitutivo de la obligación y por tanto no puede confundirse el hecho generador con el hecho por él engendrado.

5º. El principio de la autonomía de la voluntad es el fundamento de la obligatoriedad del contrato

A pesar de todas las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad por la intervención del Estado, este sigue siendo el fundamento de su obligatoriedad, lo que conduce a darle plenos efectos jurídicos a todos los contratos innominados, que no sean contrarios al orden público ni a las buenas costumbres, lo que ha permitido una mayor riqueza en los medios jurídicos de intercambiar bienes y servicios.

También como consecuencia del fundamento de la fuerza obligatoria del contrato en la autonomía de la voluntad, las partes son libres de regular sus relaciones económicas particulares, derogando total o parcialmente todas las normas supletorias contenidas en el Código Civil, en el Código de Comercio y demás leyes (Art. 1159 CC) y creando inclusive mediante contratos preliminares la necesidad de cumplir ciertas formalidades para que el contrato definitivo sea vinculante (contratos solemnes por voluntad de las partes).

VI. IMPORTANCIA SOCIOECONÓMICA DEL CONTRATO

A. La función instrumental del contrato

(851) El contrato es el instrumento por excelencia para que el hombre en sociedad pueda satisfacer sus necesidades. Constituye el acto jurídico de mayor aplicación por cualquier sujeto de derecho, hasta el punto de que sin su uso no se podría concebir la realización de la vida económica en las comunidades organizadas. Es por ello que el contrato es el acto jurídico de contenido más diverso.

Las circunstancias anotadas explican suficientemente el auge que en la vida moderna tiene el contrato innominado, única figura capaz de contener y abarcar la diversidad de composiciones voluntarias que caracterizan a la vida moderna.

Como dice MESSINEO,

> "el contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante el de ser centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes"; persigue la armonización de los intereses de las partes (Art. 1371 Código Civil Italiano 1942).

B. Clasificación del contrato desde el punto de vista instrumental

(852) De acuerdo a su función económica, Messineo ha propuesto una clasificación en los contratos, por sus afinidades, que no coincide con la clasificación estructural o jurídica de los contratos. A este respecto menciona las siguientes categorías:

1º. Contratos que disciplinan las *relaciones patrimoniales familiares:* capitulaciones matrimoniales (Art. 141 al 147 CC), separación de bienes de la comunidad conyugal (Art. 190 CC).

2º. Contratos para la circulación de la riqueza (cosas y servicios) que dan lugar a *los contratos de cambio,* onerosos o gratuitos, cambio que puede ser de propiedad o del derecho de goce. Los contratos de cambio onerosos se subclasifican en:

a) Contratos de cambio cuyo objeto para ambas partes es una prestación de dar (*do ut des*): compraventa, permuta, el suministro, contratos de bolsa.

b) Contratos de cambio de una prestación de hacer (servicios) por una de dar (*facies ut des*) el arrendamiento, en todas sus especies, contrato de obra, el contrato de trabajo, transporte, la renta perpetua, la renta vitalicia.

c) Contratos de cambio en los cuales ambas prestaciones son de hacer (facio ut facies) por ejemplo: yo te reparo tu automóvil tú me reparas la nevera.

A nuestro entender el derecho positivo no regula ningún contrato de esta especie, por ello siempre serán contratos innominados.

1. Aun cuando Messineo lo considera un contrato de cambio, cuando se da una cosa sin retribución (gratuito), a nuestro entender no hay intercambio, pues el donante da y no recibe nada; serían más bien contratos de circulación de riqueza.
2. Contratos de colaboración o cooperación, en los cuales la actividad propia se ejecuta en concurso con una actividad ajena de una manera

independiente: mandato, comisión, contrato de agencia, contrato de edición, contrato de representación, contrato de cesión o patente de invención y muchos contratos innominados.

3. Contratos asociativos o de organización, que algunos comprenden en la categoría anterior, pero que tienen una función económica distinta. Entre ellos, la sociedad en sus diversas formas y especies, cuentas en participación (Art. 359 al 364 del C. Com) los consorcios (contrato innominado, previsto solo en la Ley de Impuesto Sobre la Renta a los efectos fiscales - Art. 8 L.I.S.R).
4. Contratos de prevención de riesgos y de previsión: el seguro, el contrato de capitalización, la renta vitalicia.
5. Contratos de conservación y custodia: depósito, secuestro convencional y el contrato de alquiler de caja fuerte.
6. Contratos judiciales, dirigidos a prevenir, a dirimir una controversia o a la forma de resolverla: transacción, compromiso arbitral.
7. Contratos que tienen por objeto la concesión de créditos, en general los contratos bancarios: cuenta corriente bancaria - (Art. 521 al 526 C. Com), apertura de crédito, anticipo, descuento, arrendamiento financiero.
8. Contratos constitutivos de derechos reales de goce (enfiteusis, usufructo, uso, habitación, servidumbre) o de garantía real o personal (prenda, hipoteca en sus diversas especies, fianzas, anticresis, mandato de crédito, carta de crédito de garantía).

La anterior clasificación no es rigurosa, muchos contratos pueden ser comprendidos parcialmente en una u otra categoría. Precisamente los contratos innominados que le han dado un verdadero auge al principio de la autonomía de la voluntad, generalmente con combinaciones estas diversas categorías contractuales.

VII. El contrato como estructura técnico-jurídica

A. Contenido material del contrato

(853) El objeto de nuestro estudio consiste exclusivamente en la estructura jurídica del contrato, aun cuando a veces no pueda hacerse abstracción de su contenido económico. De acuerdo con su estructura, el contrato es objeto de numerosas clasificaciones, que son el objeto del tema siguiente.

Desde el punto de vista material el contrato puede ser verbal, inclusive por señas, o por la utilización de instrumentos tecnológicos (el boleto del metro, el cajero automático, las máquinas vendedoras); pero generalmente queda plasmado en un documento, público o privado, que tiene por objeto precisar su alcance.

En el contenido del contrato debemos distinguir los elementos que necesariamente deben estar expresados, bien sea en forma escrita, verbal o mediante la utilización de medios tecnológicos, pues son indispensables para su existencia. La ausencia de cualquiera de ellos producirá la nulidad, absoluta o relativa, del pretendido contrato. Estos elementos esenciales son: la identificación de las partes, el objeto, la causa (aun cuando esta se presume) y el consentimiento; y en los contratos solemnes: el cumplimiento de la solemnidad o la entrega de la cosa en los contratos reales.

El momento de la celebración del contrato, como veremos oportunamente, es de suma importancia; pero la expresión de la fecha no es indispensable.

En relación a los contratos nominados, regulados por la ley, ésta se encarga de suplir la voluntad de las partes, y por consiguiente hay un contenido implícito en el contrato. En nuestro Derecho, a diferencia del sistema anglosajón, basta decir: Pedro vende a Juan 100 kilos de papas, a tantos bolívares el kilo. Las normas contenidas en el Código Civil determinarán la calidad de las papas, el momento y lugar de la entrega de las mismas y del pago del precio. Estas son cláusulas

implícitas, pero siempre que en ellas no esté interesado el orden público, las partes podrán derogarlas o modificarlas mediante cláusulas explícitas.

Las partes pueden regular el vínculo contractual en muchos aspectos, conviniendo en elementos accidentales de la obligación (término, condición, modo), cláusulas penales, resolución de pleno derecho, detalles en cuanto al cumplimiento de las prestaciones nacidas del contrato. Todo esto forma parte del contenido jurídico del contrato.

En los contratos innominados, al no estar regulados por la ley, las partes tienen que ser explícitas en cuando a su contenido, y tendrán que regular las consecuencias de las situaciones de hecho que puedan presentarse.

Tratándose de contratos complejos, conexos, recíprocos y en todos aquellos contratos innominados de carácter novedoso, es conveniente además de las cláusulas explícitas que regulan el vínculo contractual, la existencia de consideraciones o preámbulos, que no se refieren a las prestaciones que nacen del contrato, ni a sus efectos, sino más bien a la intención que han tenido las partes al contratar y las situaciones de hecho que pretenden resolver mediante el contrato. Tales consideraciones previas al contrato tienen sin embargo una gran importancia desde el punto de vista de la interpretación de la voluntad de las partes.

Finalmente, en los contratos complejos, como los contratos de obras de construcción, se añaden planos, estudios geológicos, condiciones generales, precios y métodos de indexación y otros elementos que las partes hayan considerado necesarias o convenientes para precisar el contenido del contrato. Estos anexos forman parte del contenido técnico-jurídico del contrato.

B. La calificación jurídica

(854) La calificación jurídica que las partes den al contrato no obliga al juez, porque no es una cuestión de hecho que dependa de la voluntad de las partes, sino de la correcta interpretación del contenido

del contrato y su adecuación a las normas que lo definen. La calificación del contrato consiste en determinar el tipo o categoría de contrato que las partes han celebrado (venta, arrendamiento, depósito, donación). El objeto y la causa del contrato sirven para determinar el tipo o categoría al cual pertenece, para lo cual es necesario que las prestaciones de las partes y su causa queden comprendidos en los supuestos de hecho que definen legalmente el contrato respectivo. Así, transferencia de propiedad por un precio es venta, transferencia de propiedad sin contraprestación es donación, transferencia de goce por un precio, es arrendamiento, transferencia de goce de un cuerpo cierto sin precio, es comodato. La calificación jurídica del contrato no depende del nombre que le den las partes, sino de lo que resulte del examen del contenido del contrato y su comparación con las normas jurídicas aplicables, es una cuestión de interpretación que está sujeta a la libre determinación del juez. Sin embargo, en ciertos casos la propia ley se encarga de determinar la calificación jurídica de determinados contratos; así, el artículo 1579 del Código Civil establece: "Se entenderá que son ventas a plazo, los arrendamientos de cosas muebles con la obligación de transmitir al arrendatario en cualquier tiempo la propiedad de las cosas arrendadas". Esta norma impidió la existencia del arrendamiento financiero, hasta que fue regulado expresamente por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito.

C. Prueba

(855) Aun cuando en materia civil no es admisible la prueba testimonial para probar la existencia de obligaciones mayores de dos mil bolívares –hoy prácticamente ninguna obligación– (Art. 1387 CC), excepto si hay un principio de prueba por escrito (Art. 1392 CC) y en materia mercantil (Art. 124 C Com), es lo cierto que, al consagrarse en el Código de Procedimiento Civil el principio de la libertad de los medios probatorios, existen muchos otros medios para probar la existencia de un contrato. El artículo 395 del Código de Procedimiento

Civil establece: "Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente la demostración de sus pretensiones".

Resulta una contradicción y un verdadero anacronismo que subsista en el Código Civil la prohibición de la prueba testimonial para prueba de obligaciones derivadas de un contrato.

Sin embargo, los otros medios de prueba son difíciles de obtener, implicando muchas veces costos, retardos y complejas experticias, como el caso del contrato celebrado por teléfono o por medios electrónicos (contratos celebrados por Internet).

Buena parte de los autores ha considerado que la prueba documental constituye un requisito *ad-probationem* para probar la existencia de obligaciones contractuales mayores de dos mil bolívares; pero ello no es correcto, ya que la ley no exige el documento para la prueba de tales obligaciones, sino que al prohibir la prueba testimonial, prácticamente hace necesario el documento como prueba de las obligaciones contractuales mayores de dos mil bolívares. La confesión y el juramento suplen la prueba escrita.

El documento privado, o público, es entonces una necesidad práctica para probar el contenido del contrato, especialmente de aquellos contratos que revisten cierta complejidad.

El artículo 1355 del Código Civil dispone:

> El instrumento redactado por las partes y contentivo de sus convenciones es solo un medio probatorio; su validez o su nulidad no tiene ninguna influencia sobre la validez del hecho jurídico que está destinado a probar, salvo los casos en que el instrumento se requiera como solemnidad del acto.

A su vez, el artículo 1370 del Código Civil establece:

> El instrumento privado tiene la fuerza probatoria que le atribuyen los artículos anteriores, aunque no es esté extendido en papel sellado ni conste haberse satisfecho el impuesto de estampillas correspondiente. Esto sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan incurrido los otorgantes por tales omisiones.

De las disposiciones transcritas podemos concluir que la nulidad del documento, público o privado, no influye sobre la validez del contrato a que se refiere; solamente que tendrá que ser probado por otros medios probatorios; y en el caso del incumplimiento de obligaciones fiscales, ni siquiera se afecta la validez del documento.

Aun cuando existen documentos en sentido amplio que pueden servir para la prueba de las obligaciones (cartas, telegramas, registros de papeles domésticos, en materia mercantil los libros de los comerciantes, las facturas aceptadas, los libros de los corredores) el medio más apropiado para la prueba de las obligaciones contractuales es el documento privado, o el documento público o auténtico. El primero, como su nombre lo indica, no requiere la intervención de ningún funcionario público que lo autorice, es simple obra de los particulares y el único elemento esencial, además de la escritura (a mano, a máquina o impresa) en un papel es que esté firmado por la persona de quien emane (Art. 1368 CC) y "además, debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento, en aquellos en que una sola de las partes se obligue hacia otra a entregarle una cantidad de dinero u otra cosa apreciable en dinero".

La firma es requisito esencial del documento privado. También lo es del documento público, el cual además debe ser autorizado por un funcionario que tenga facultad para darle fe pública, cumpliendo las solemnidades legales respectivas (Art. 1357 CC). En cambio, las otras pruebas escritas, no tienen que estar firmadas (las cartas y los telegramas basta que sean autógrafos).

La falsificación de la firma de la persona a quien se atribuye la autoría de un documento privado o público lo priva de todo valor probatorio.

El documento privado puede ser coetáneo al consentimiento de las partes; pero también puede ser posterior. Puede ser un documento del cual conste la voluntad de ambas partes, o documentos separados, otorgados inclusive en fechas distintas, siempre que entre ambos

documentos haya una manifestación coincidente de voluntad; es decir, que haya prueba del consentimiento de las partes.

Aun cuando el documento autenticado no es necesario, salvo cuando se trate de formalidad *ad-subtantiam* o *ad-probationem*, o ser necesaria para su oponibilidad a ciertos terceros, el documento autenticado tiene muchas ventajas sobre el documento privado: a) la certeza de la firma, porque quien ha firmado ante el funcionario competente, no puede desconocerla; y en caso de ser falsa, tendrá que intentar la tacha del documento, bien por vía principal o incidental; b) el documento adquiere fecha cierta aun cuando en materia mercantil ella se puede probar por testigos (art. 127 C Com); y c) respecto a las obligaciones de pagar una suma cierta, líquida y exigible de dinero permite al acreedor recurrir a la vía ejecutiva (Art. 630 y siguientes CPC).

BIBLIOGRAFÍA

COLIN, Ambrosio y Capitant H. Ob. Cit. Tomo III, Nºs. 443, págs. 580 a 588.

Cuerpo de Leyes de Venezuela. Caracas 1857.

DE PAGE, H. Ob. Cit. Tomo II, Nºs. 447 a 469, págs. 403 a 441.

GIORGI, Jorge. Ob. Cit. Tomo III, Nºs. 5 al 18, págs. 21 a 35.

JOSSERAND, Louis. Ob. Cit. Tomo II, Vol. 1, Nºs. 13 al 17, págs. 12 al 18.

MAZEAUD, Henri-Leon-Jean. Ob. Cit. Parte II, Vol. I, Nºs. 52 al 63, págs. 64 a 76.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Ob. Cit. Tomo VII, Nºs. 13 al 22, págs. 22 a 35.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Art. 1133 al Art. 1145, págs. 15 a 39.

MELICH ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs. 1 al 25, págs. 21 a 43.

PALACIOS HERRERA, Oscar. Ob. Cit. Título XXIV, págs. 129 a 133.

MESSINEO, F. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Tomo 1, Capítulo I, Nºs. 1 y 2.

TERRÉ F., Ob. Cit. Nºs. 17 a 45, págs. 22 a 41.

Jurisprudencia

Acepciones del término contrato

Octubre 1984, Pierre Tapia. *El contrato.* Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. pág. 5.

Naturaleza de la convención

21-10-63; DMFJC1; JTR Vol. XI, pág. 128 y 129.

Solemnidad Ad Sustantiam

11-4-29. CFC/SC. Memoria 1930, pág. 177.

Autonomía de la Voluntad

19-9-94; CSS C y M. A.Met. PT TVI, pág. 107.

El Contrato con fuente de obligaciones

10-4-96; JSG OM A. Met PT TVI pág. 73.

Límites al principio de la autonomía de la voluntad

19-9-94; JSS – CM - Septiembre/94 TVI pág. 167.

Capítulo 24
CLASIFICACIÓN GENERAL DEL CONTRATO

SUMARIO

I. SEGÚN SURJAN OBLIGACIONES PARA UNA O PARA AMBAS PARTES DE UN CONTRATO: 1° Contratos unilaterales. 2° Contratos bilaterales. 3º Contratos sinalagmáticos imperfectos. 4° Importancia de la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales.- II. SEGÚN EL FIN PERSEGUIDO POR LAS PARTES: 1. Contratos onerosos. 2. Contratos gratuitos. A. Contratos desinteresados. B. Liberalidades. C. Contratos gratuitos por su esencia. 3. Importancia de la clasificación de los contratos en gratuitos y onerosos.- III. SEGÚN LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ALGUNA DE LAS PARTES DEPENDA DE UN HECHO CASUAL O NO. 1. Contratos conmutativos. 2. Contratos aleatorios. 3. Interés de la distinción.- IV. SEGÚN SU MODO DE PERFECCIONAMIENTO: 1. Contratos consensuales. 2. Contratos reales. 3. Contratos solemnes. A. Contratos que requieren un documento privado. B. Contratos que requieren un documento público. 4. Diversas clases de formalidades. 5. Importancia de la distinción. 6. Formalidades ad probationem. 7. Formalidades de publicidad.- V. SEGÚN SU CARÁCTER: 1. Contratos preparatorios. 2. Contratos principales. 3. Contratos accesorios. 4. Contratos conexos.- VI. SEGÚN LA DURACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES: 1. Contratos de tracto o cumplimiento instantáneo. 2. Contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento sucesivo o de ejecución continua. 3. Interés de la clasificación.- VII. SEGÚN LAS NORMAS LEGALES QUE LO REGULAN: 1. Contratos nominados o típicos. 2. Contratos innominados o atípicos. 3. Diversas clases de contratos innominados o atípicos. 4. Interés

práctico de la distinción.- VIII. PRECONTRATOS, ANTECONTRATOS O PROMESAS DE CONTRATAR. 1. Concepto. A. Promesa unilateral de contratar. B. Promesa bilateral de contratar. 2. Importancia de la distinción.- IX. CONTRATOS ENTRE PERSONAS LEJANAS Y ENTRE PRESENTES. 1. Concepto. Problemas que plantea.- X. SEGÚN LA SITUACIÓN DE IGUALDAD O NO DE LAS PARTES: 1. Contrates paritarios. 2. contratos de adhesión. A. Contratos dirigidos. B. Contratos obligatorios.- XI. SEGÚN QUE EL CONTRATO PRODUZCA EFECTOS OBLIGATORIOS PARA LAS PARTES SOLAMENTE O BIEN PRODUZCA DICHOS EFECTOS PARA TERCEROS QUE NO SEAN PARTE DEL MISMO: 1. Contratos individuales. 2. Contratos colectivos.- XII. SEGÚN LA NATURALEZA PERSONAL DE LA PRESTACIÓN DE UNA O ALGUNAS DE LAS PARTES: 1. Contratos ordinarios. 2. Contratos intuitu personae.- XIII. POR RAZÓN DE LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DEL CONTRATO: 1. Contratos causados. 2. Contratos abstractos.- XIV. SEGÚN LA LEGISLACIÓN APLICABLE. 1. Contratos internos. 2. Contratos internacionales.- XV. SEGÚN EL DERECHO APLICABLE. 1. Contratos privados. 2. Contratos públicos. 3. Contratos administrativos.

(856) La doctrina ha clasificado al contrato de un modo general y desde diversos puntos de vista, algunos de los cuales provienen de la época romana. Tales clasificaciones son indispensables para desentrañar la diversa naturaleza del contrato y sus variados alcances, pero debe tenerse en cuenta que las clasificaciones obedecen a caracteres técnico-jurídicos y no a las simples denominaciones que en particular pueda presentar cada contrato.

I. SEGÚN SURJAN OBLIGACIONES PARA UNA O PARA AMBAS PARTES DE UN CONTRATO

Los contratos se dividen en contratos unilaterales y contratos bilaterales, sinalagmáticos o con prestaciones correspectivas y una categoría intermedia cuya existencia es muy discutida en la doctrina: los contratos sinalagmáticos imperfectos.

1. Contratos unilaterales

(857) El contrato es unilateral cuando surgen obligaciones para una sola de las partes contratantes (Art. 1134 CC), se requiere el consentimiento de ambas partes; una sola de las partes es deudor y la otra parte es acreedor.

Son ejemplos de contratos unilaterales típicos: el mutuo y la donación.

En el mutuo sólo una de las partes (el mutuario) se obliga a devolver la cosa recibida en calidad de mutuo; la otra parte; el mutuante, es sólo acreedor de la cosa que ha facilitado en mutuo (art. 1735).

En la donación una sola de las partes (el donante) transfiere gratuitamente bienes de su patrimonio a la otra parte, donatario (art. 1431). El donante es la única parte que se obliga (deudor) y el donatario es el acreedor de aquél.

El contrato unilateral es gratuito; pero puede ser oneroso: el préstamo con intereses, en el cual cada parte obtiene una ventaja, aun cuando solo el mutuario se obliga a restituir la cosa y a pagar los intereses; el mutuante es acreedor de ambas obligaciones.

2. Contratos bilaterales

(858) El contrato es bilateral cuando surgen obligaciones para ambas partes contratantes. Presentan la particularidad de que cada una de las partes está obligada frente a la otra; son recíprocamente deudores. El artículo 1134 lo define así: "el contrato es bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente". En el contrato bilateral cada una de las partes es deudora y acreedora al mismo tiempo. Son ejemplos de contratos bilaterales típicos: la venta, el arrendamiento. En la venta, el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y el comprador se obliga a pagar una suma de dinero denominada precio (art. 1474 CC). En el arrendamiento, el arrendador se compromete a poner al arrendatario en el goce y disfrute de la cosa arrendada y el

arrendatario se compromete a pagar el canon o pensión de arrendamiento (art. 1579 CC).

En el contrato bilateral hay ventajas para ambas partes; es necesariamente oneroso.

La característica fundamental del contrato bilateral es la reciprocidad de las obligaciones, ambas nacen simultáneamente, y generalmente se ejecutan simultáneamente (venta al contado), aun cuando nada impide que alguna de ellas pueda ser exigible después que la otra (venta a crédito). Hay una íntima conexión entre ambas obligaciones.

3. Contratos sinalagmáticos imperfectos

(859) Los contratos sinalagmáticos imperfectos constituyen una categoría muy discutida en la doctrina, aceptada por algunos autores y rechazada por otros.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad los contratos que por su naturaleza son unilaterales pueden convertirse en contratos bilaterales; por ejemplo, el depósito remunerado. Tales contratos son, para la mayoría de la doctrina francesa y para la italiana, posterior al Código de 1942, verdaderos contratos bilaterales, pues desde el inicio del contrato nacen obligaciones recíprocas para ambas partes. Sin embargo, esta tesis no es unánimemente aceptada por la doctrina francesa, porque la remuneración no constituye un elemento de la esencia del contrato.

En algunos contratos unilaterales, con posterioridad al nacimiento del contrato puede nacer, por hechos ocurridos durante su ejecución, obligaciones a cargo de la otra parte: el mandante no tiene ninguna obligación inicial para con el mandatario, sin embargo debe reembolsarle los gastos en que haya incurrido (art. 1699 CC); el depositante nada debe al depositario, salvo los daños causados al depositario por la cosa depositada, o en su conservación, que deben ser indemnizados por el depositante (Art. 1733 CC). En general, la doctrina francesa

contemporánea considera que tales contratos no son sinalagmáticos, sino verdaderos contratos unilaterales a los cuales no pueden aplicársele las reglas de los contratos bilaterales, advirtiendo que algunos autores franceses consideran que por lo menos la excepción de incumplimiento puede ser alegada por la parte que ha cumplido su obligación. Otros autores consideran que en este caso, no se aplica la excepción de incumplimiento, sino el derecho de retención.

4. Importancia de la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales

(860) Esta clasificación permite distinguir los contratos a los cuales se aplican ciertas instituciones, que se engloban en la "Teoría del Contrato Bilateral", instituciones ajenas a los contratos unilaterales.

A) Dado que en los contratos bilaterales las partes se obligan recíprocamente, siendo simultáneamente deudoras y acreedoras, se explica entonces que si una de las partes no cumple su obligación, tampoco puede exigir que la otra cumpla la suya. La parte a quien no se le ha cumplido, pero que es demandada por cumplimiento de su propia obligación, puede manifestar que no cumple esa obligación, mientras la otra a su vez no cumpla con la suya. Es la aplicación de la llamada excepción *non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento, que sólo es posible en los contratos bilaterales o sinalagmáticos (art. 1168 CC). Ya veremos que se exigen otros requisitos para que pueda oponerse con éxito esta excepción.

B) En el mismo supuesto anterior, en principio, cuando una de las partes no ha cumplido con su obligación, la otra puede pedir la terminación del contrato y que las partes vuelvan a la situación en que se encontraban antes de celebrar el contrato. Es la llamada acción resolutoria, sólo posible en los contratos bilaterales (art. 1167 CC).

Al estudiar la acción resolutoria, vemos que ella procede al darse todos los requisitos exigidos por la doctrina, y en caso contrario, el acreedor sólo puede pedir el cumplimiento.

En los contratos unilaterales, como sólo una de las partes es deudora, el acreedor no tiene ni puede tener interés en dar por terminado el contrato, sino que querrá que el deudor le cumpla su obligación, para lo cual pedirá el cumplimiento del contrato.

C) La teoría de los riesgos resuelve el problema que se presenta respecto al deber de cumplir o no la obligación de una de las partes, en el contrato bilateral, cuando la otra parte no cumple con su obligación recíproca por una causa extraña no imputable. ¿Subsiste o no la obligación de la otra parte?

Si perece la cosa vendida, después de celebrado el contrato, por causa extraña no imputable; subsiste o no la obligación recíproca de pagar el precio. Si perece la cosa arrendada por fuerza mayor durante el transcurso del arrendamiento. Subsiste o no la obligación de pagar el canon de arrendamiento. Ya veremos que la solución depende la naturaleza de la obligación incumplida por causa extraña no imputable.

II. SEGÚN EL FIN PERSEGUIDO POR LAS PARTES:

1. Contratos onerosos

(861) Son aquellos en los cuales cada una de las partes procura tener una ventaja mediante un equivalente o contraprestación. El articulo 1135 del Código Civil los define: "El contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes trata de procurarse una ventaja mediante un equivalente...".

El signo característico de un contrato a título oneroso es que las partes persiguen al cumplir su prestación una contraprestación que les sirva de equivalente o de ventaja. Esa contraprestación puede ser de la más variada índole y no necesariamente debe consistir en dinero.

Los contratos onerosos se clasifican a su vez en contratos conmutativos y aleatorios.

2. Contratos gratuitos

(862) Son aquellos contratos en los cuales uno de los contratantes le proporciona al otro una ventaja sin equivalente alguno. El artículo 1135 del Código Civil los define así: "El contrato... es a título gratuito o de beneficencia cuando una de las partes trata de procurar una ventaja a la otra sin equivalente". En los contratos gratuitos la parte efectúa su prestación sin perseguir una contraprestación o equivalente de la otra parte.

Los contratos gratuitos se subdividen en dos categorías:

A. Contratos desinteresados

Son llamados también de beneficencia, en los cuales una parte procura una prestación en beneficio de la otra parte, pero sin empobrecerse ella misma.

Se trata de la ejecución de una prestación en beneficio de la otra parte, prestación que no empobrece a la parte que la ejecuta. El ejemplo típico es el comodato, en el cual el comodante, por cortesía o deber moral, da en préstamo gratuito a un tercero, una cosa para que se sirva de ella, sin exigir retribución alguna. Igual ocurre con el depósito gratuito, el mutuo, el mandato.

B. Liberalidades

Estos contratos gratuitos presentan la particularidad de que la parte que realiza una prestación en beneficio de la otra se empobrece; al ejecutarla disminuye su patrimonio. El caso típico es la donación, en la cual el donante disminuye su patrimonio en la medida del valor del objeto donado.

C. Contratos gratuitos por su esencia

Hay contratos gratuitos por su esencia: la donación y el comodato, pues de faltar esta circunstancia, perderían su naturaleza de tales para transformarse en otros tipos de contratos: si el donante recibiera una contraprestación por el objeto donado, estaríamos en presencia de una venta o de una permuta; si el comodante recibiera alguna prestación del comodatario como contrapartida al goce de la cosa dada en comodato, estaríamos en presencia de un contrato de arrendamiento.

Los demás contratos a título gratuito lo son sólo por su naturaleza, y al existir una contraprestación se convierten en contratos onerosos: el mandato remunerado (Art. 1684 CC), el mutuo o préstamo a interés (Art. 1745 CC), el depósito remunerado (Art. 1752, Ordinal 3º CC), sin perder sus demás características.

3. Importancia de la clasificación de los contratos en gratuitos y onerosos

(863) La clasificación de un contrato como gratuito u oneroso adquiere especial importancia en diversas y numerosas situaciones, de las cuales señalaremos: 1º En materia de acción pauliana, para cuya procedencia los actos a título gratuito del deudor insolvente se presumen fraudulentos de un modo irrefragable (Art. 1279 CC). 2º En materia de pago de lo indebido, la solución dada por el legislador cuando el tercero adquirente es a título gratuito, es distinta de la solución contemplada cuando lo es a título oneroso (Art. 1182 CC). 3º En materia fiscal, los actos a título gratuito son gravados por impuestos distintos a los actos a título oneroso, generalmente mayores para los gratuitos, pero no necesariamente. Así la donación a una institución benéfica está exenta del impuesto sobre donaciones, la venta a la misma institución benéfica causará impuesto sobre la renta sobre la ganancia. 4º En materia mercantil no se conciben contratos a título gratuito, y aquellos que lo son por su naturaleza se convierten en contratos onerosos: mandato (Art. 379 C Com), mutuo (Art. 529 C. Com), depósito (Art. 532 C. Com), fianza (Art. 546 C. Com).

III. SEGÚN LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE ALGUNA DE LAS PARTES DEPENDA DE UN HECHO CASUAL O NO

Contratos conmutativos y contratos aleatorios. Es una subclasificación de los contratos onerosos.

1. Contratos conmutativos

(864) En los contratos conmutativos la determinación y extensión de las prestaciones es fijada por las partes en el momento de la celebración del contrato, de allí que se afirme en la doctrina que en los contratos conmutativos las partes conocen de antemano la extensión de sus prestaciones.

La gran mayoría de los contratos onerosos son conmutativos. Como ejemplo de ellos puede citarse la venta pura y simple, el arrendamiento, pues en ambos casos las partes conocen desde la celebración del contrato la estimación o valor de la ventaja que obtendrán al ejecutarlo.

2. Contratos aleatorios

(865) En los contratos aleatorios las prestaciones de una o alguna de las partes dependen de un hecho casual, denominado también "álea" y por lo tanto varían en su existencia o extensión si el hecho se produce o no. El artículo 1136 del Código Civil los define: "El contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual". El alea es la causa del contrato aleatorio. Obsérvese que en el contrato aleatorio, cuando se celebra, las partes no conocen la extensión de las prestaciones de un modo preciso, sino que tal circunstancia dependerá de la realización o no del hecho casual previsto. El caso típico es el contrato de seguro, pues la prestación de las partes varía según ocurra o no el riesgo asegurado (y en algunos casos, de la época en que ocurra el riesgo); el contrato

de renta vitalicia, en el cual el monto total de la pensión dependerá del tiempo que viva el beneficiario; el contrato de compra venta de cosa futura, compra venta de una herencia, la venta de un inmueble con expresión de su cabida, a razón de tanto por medida, la venta sin saneamiento.

3. Interés de la distinción

(866) Como interés práctico de esta distinción puede señalarse que en el contrato aleatorio no es aplicable uno de los modos de terminación de los contratos: la "rescisión por lesión". Por lesión se entiende el perjuicio sufrido por una de las partes de un contrato cuando su propia prestación es desproporcionada en relación con la prestación de la otra parte. En tales casos y cuando el legislador así lo prescribe, se autoriza a la parte que ha experimentado la lesión para exigir la rescisión del contrato: En la partición, cuando el perjuicio para uno de los coherederos excede del cuarto de lo que le corresponde (Art. 1120 CC); o exigir un ajuste en el precio; en el caso de la venta de un inmueble a tanto por medida (Art. 1496 CC), o los intereses superiores al límite máximo (Art. 1746 CC, Decreto contra la Usura, Ley de Protección al Consumidor). La idea de rescisión por lesión objetiva reposa bajo el supuesto de que las partes no han tenido la intención de que sus prestaciones resulten desproporcionadas; para ello es necesario que ambas hubiesen conocido de antemano sus prestaciones, lo que sólo ocurre en los contratos conmutativos. También en los contratos conmutativos puede haber lesión subjetiva: cuando una de las partes se aprovecha intencionalmente de las necesidades apremiantes de otro para obtener para sí o un tercero, una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación a que se obliga (Art. 1º del Decreto Contra la Usura, 9-4-47).

La rescisión por lesión sólo es aplicable a los contratos conmutativos, no siendo procedente en los aleatorios, por cuanto es de la esencia de éstos que cuando ocurra el hecho casual o alea previsto, la prestación de una de las partes aumente o disminuya conside-

rablemente, o no llegue a existir (el siniestro no se produce durante la vigencia del contrato de seguro: el asegurador nada tendrá que pagar).

Cuando el alea no existe, el contrato es nulo por ausencia de causa: renta vitalicia a favor de una persona fallecida (Art. 1794 CC), seguro sobre una cosa que ya había perecido (Art. 570 C. Com) o la persona asegurada ya ha fallecido (Art. 583 C. Com).

En la doctrina nacional se discute si la lesión procede o no en casos distintos a los previstos expresamente en la ley.

IV. SEGÚN SU MODO DE PERFECCIONAMIENTO:

Contratos consensuales, contratos reales y contratos solemnes.

1. Contratos consensuales

(867) Son aquellos que se perfeccionan *solo consensu,* por el solo consentimiento. En el Derecho Moderno, caracterizado por la supremacía del principio consensualista, los contratos consensuales constituyen la regla general, entre ellos todos los contratos innominados. La excepción son los contratos reales y los contratos solemnes.

2. Contratos reales

(868) Son aquellos que para perfeccionarse requieren, además del consentimiento, la entrega de una cosa. De origen romano, aún se conservan en el Derecho Moderno los mismos enumerados en los textos romanos: mutuo (Art. 1735 CC), comodato (Art. 1724 CC), depósito (Art. 1749 CC) y prenda (Art. 1837 CC).

Algunos autores han pretendido desechar esta categoría, considerándola como una reminiscencia del derecho de romano; la entrega de la cosa sería el cumplimiento de la obligación de una de las partes en un contrato bilateral.

La jurisprudencia y la doctrina predominante, siguiendo la corriente tradicional y el texto del Código Civil, aceptan esta categoría y

estiman que el contrato sólo se forma con la entrega de la cosa, y a falta de entrega el contrato es nulo.

3. Contratos solemnes

(869) Son los contratos que requieren para su perfeccionamiento el cumplimiento de una determinada formalidad, distinta a la entrega de la cosa. La ausencia de dicha formalidad hace inexistente el contrato solemne de que se trate; por ello se denomina a tales formalidades "formalidades *ad substantiam*" o "formalidades *ad solemnitatem*", con lo que se quiere significar que el cumplimiento de las mismas es esencial para la existencia del contrato. La solemnidad consiste en el otorgamiento de un documento, privado o público, según lo determine la ley.

Dentro de los contratos solemnes, pueden señalarse:

A) Contratos que requieren un documento privado

El contrato de seguro, que requiere la redacción y suscripción por las partes de un documento privado en el cual consten las estipulaciones de las partes, llamado "póliza" (art. 549 del Código de Comercio). El pago con subrogación convencional por voluntad del deudor, que debe constar de un documento de fecha cierta, y con determinadas menciones en dicho documento (Art. 1299, ord. 2º, CC).

B) Contratos que requieren un documento público

La donación de cosas cuyo valor exceda de dos mil bolívares, que requiere como formalidad sustancial el otorgamiento de un documento auténtico (Art. 1439 CC), del cual conste el consentimiento de ambas partes, aun cuando sea en documentos auténticos separados; la hipoteca que debe constituirse por un documento auténtico

registrable, y sólo tendrá efecto respecto a terceros y nacerá el derecho real de hipoteca, una vez que haya sido registrado en la Oficina Subalterna de Registro competente (Art. 1879 CC); las capitulaciones matrimoniales que deben constar de un documento auténtico que debe registrarse en la Oficina Subalterna de Registro competente, antes de la celebración del matrimonio (Art. 143 CC); el mandato judicial, que debe ser otorgado en forma auténtica (Art. 151 CPC) y cumpliendo determinadas formalidades cuando se otorgue en representación de terceros o como órgano de una persona jurídica (Art. 155 CPC); el mandato para donar (Art. 1438 CC).

4. Diversas clases de formalidades

(870) En relación con las formalidades a cumplir por las partes, debe tenerse en cuenta que sólo las formalidades *ad substantiam* son de cumplimiento indispensable para que surja el contrato solemne. El legislador exige el cumplimiento de las solemnidades para la existencia de los contratos solemnes por diversas causas.

En primer lugar, en defensa de una o de ambas partes contratantes. En el caso de la donación, al desprenderse el donante de una parte de su patrimonio, se considera indispensable que tenga tiempo para reflexionar de si realmente quiere empobrecerse en favor del donatario; el otorgamiento de un documento auténtico o público, que requiere además de la redacción del contrato respectivo, la comparecencia ante el funcionario que autoriza el acto, le dará tiempo suficiente al donante para comprender cabalmente el significado del contrato que está celebrando; en el caso de las capitulaciones matrimoniales, que regulan el régimen patrimonial durante el matrimonio y que no pueden ser modificadas una vez celebrado éste, también requieren meditación por ambos cónyuges, y no una decisión precipitada.

En segundo lugar, en protección de los terceros, quienes por la trascendencia del acto deben tener la seguridad acerca de la certeza de los efectos del contrato; como el caso del mandato judicial, pues de

no existir el mandato, la parte contraria estaría litigando con un tercero que en modo alguno afectaría los intereses de su pretendido poderdante. También en el caso de las capitulaciones matrimoniales, pues si los cónyuges han establecido un régimen de absoluta separación de bienes, todo el patrimonio aparentemente de la comunidad conyugal puede pertenecer a uno solo de los cónyuges.

En tercer lugar, porque el contrato va a crear un derecho real oponible a los terceros, como en el caso de la hipoteca.

En cuarto lugar, cuando se trata de contratos complejos que en forma indirecta van a afectar a los terceros, como en la póliza de seguros, en la cual generalmente no solo el asegurador, directamente responsable ante el asegurado, queda afectado por el contrato, sino también los reaseguradores, quienes indirectamente soportan el riesgo asegurado.

5. Importancia de la distinción

(871) La distinción entre contratos puramente consensuales y contratos solemnes tiene importancia desde dos puntos de vista: 1º) Porque si no se ha cumplido con la solemnidad exigida por la ley, el contrato es nulo (para algunos inexistente); 2º) Porque dependiendo del interés protegido, la promesa de contrato es válida o no. Si se trata de proteger al propio contratante, como en la donación o en las capitulaciones matrimoniales, la promesa de contrato no tiene validez alguna; por el contrario, si se trata de proteger a los terceros, la promesa de contrato o precontrato es plenamente válido; como lo es la promesa de otorgar una hipoteca o de contratar un seguro.

Existen otros tipos de formalidades que no tienen relación alguna con la existencia del contrato, sino que son impuestas por el legislador con otros fines. Se trata de las formalidades *ad probationem* y de las formalidades de publicidad, también llamadas requisitos de oponibilidad.

6. Formalidades *ad probationem*

(872) Las formalidades *ad probationem* son aquellas que son impuestas por el legislador para los efectos de la prueba del acto o contrato del cual se trate. El escrito es, en los casos expuestos, una formalidad *ad probationem* necesaria para demostrar la existencia del contrato.

En la legislación venezolana existen pocos casos en que se exija el documento privado como requisito *ad probationem*. A nuestro juicio es errado considerar que se exige el documento escrito para probar la existencia de obligaciones mayores de dos mil bolívares, por el hecho de prohibirse en tal caso, en materia civil, la prueba de testigos (Art. 1387 CC), pues tales obligaciones pueden probarse por la confesión, el juramento, los papeles domésticos, o por cualquier otro medio no prohibido por la ley que se consideran conducentes para ello (Art. 395 CPC) –medios electrónicos–; inclusive por testigos, si hubiere principio de prueba por escrito (Art. 1392 CC) y en materia mercantil (Art. 124 C Com). La prohibición de admitir la prueba testimonial para la prueba de obligaciones mayores de dos mil bolívares, conduce en la práctica a que las partes se procuren una prueba escrita para evitarse las dificultades de usar otros medios probatorios, precaución que vale para todas las obligaciones convencionales, aun en materia mercantil; pero no es un requisito *ad probationem*.

a) Se exige el documento privado como requisito *ad probationem*: a) en materia del Trabajo, el contrato de trabajo de los deportistas profesionales (Art. 303 LOT); b) en materia mercantil, el contrato de cuentas en participación (Art. 364 C. Com) y la fianza mercantil (Art. 545 C. Com).

7. Formalidades de publicidad

(873) Las formalidades o requisitos de publicidad son aquellos impuestos por el legislador para demostrar la existencia del acto o

contrato frente a terceros y que son establecidos en beneficio e interés de los terceros. El no cumplimiento de esos requisitos de publicidad produce la inoponibilidad del contrato frente a los terceros y por lo tanto éstos pueden ignorarlo. Así ocurre, por ejemplo, con la venta de bienes inmuebles, que requiere como requisito de publicidad la protocolización (registro) del documento en una oficina subalterna de Registro Público. En caso de no cumplirse tal requisito, la venta celebrada será válida entre las partes, pero no producirá efectos frente a los terceros que pretendan derechos sobre el inmueble (Art. 1824 CC), llamados terceros registrales. La persona que hubiese vendido por documento privado un inmueble puede en la práctica venderlo nuevamente, mediante un documento registrado a un tercero, y esta segunda venta será válida y prevalece sobre la primera. El primer comprador no podrá pretender hacer valer su documento privado contra el segundo comprador que tiene derechos sobre el inmueble en virtud de un documento registrado; el primer comprador tendrá acción contra su vendedor por daños y perjuicios, inclusive acciones penales.

En general, todos los actos relacionados con derechos reales sobre inmuebles, requieren la formalidad de registro para ser oponibles a terceros (Art. 1920 CC).

Mientras que los requisitos *ad substantiam* o *ad solemnitatem* son necesarios para el perfeccionamiento del contrato, los requisitos *ad probationem* son necesarios sólo para la prueba del acto, y los requisitos de publicidad sólo son necesarios para que el acto produzca efectos frente a terceros, independientemente de la prueba de la existencia del acto.

El cumplimiento de ciertas formalidades, documento más inscripción en el Registro Subalterno o Mercantil es indispensable para que las sociedades civiles y mercantiles (Art. 1651 CC), y las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado (Art. 19, ordinal 3º, CC) adquieran personalidad jurídica; pero el documento no es ni siquiera requisito *ad-probationem*.

V. SEGÚN SU CARÁCTER:

Contratos preparatorios, contratos principales y contratos accesorios.

1. Contratos preparatorios

(874) Son contratos preparatorios los que tienen por objeto crear un estado de derecho que pueda servir de base o fundamento a la celebración de otros contratos posteriores. Ejemplo: la sociedad y el mandato.

2. Contratos principales

(875) Son aquellos que cumplen por sí mismos un fin contractual propio, sin tener relación alguna con otros contratos. La mayoría de los contratos nominados son contratos principales. Ejemplo: la venta, el arrendamiento, el mutuo, el comodato.

3. Contratos accesorios

(876) Son aquellos que se realizan para garantizar un contrato distinto o una obligación nacida de otra fuente (hecho ilícito, pago de lo indebido), no existen para cumplir un fin contractual propio.

La existencia de los contratos accesorios depende en principio, de la existencia del contrato u obligación principal. Ejemplos típicos de contratos accesorios: la fianza, la prenda y la hipoteca. Si desaparece el contrato u obligación principal, desaparece el contrato accesorio.

El contrato principal ejerce su influencia sobre el accesorio, si el contrato principal es nulo también lo es el accesorio. En algunas situaciones que podríamos calificar como excepcionales, el contrato accesorio puede hacer sentir su influencia sobre el principal. Así ocurre con la hipoteca: cuando los bienes hipotecados padezcan deterioros

que los haga insuficientes para garantizar el crédito, el acreedor tiene derecho a un suplemento de hipoteca o en su defecto al pago de la acreencia (Art. 1894 CC). La nulidad de la prenda, o el perecimiento de la cosa dada en prenda por culpa del deudor principal, produce la caducidad del término y la exigibilidad de la obligación principal (Art. 1215 CC).

También el deterioro de la cosa dada en prenda puede influir indirectamente sobre la obligación principal (Art. 1811 CC).

4. Contratos conexos

(877) Son aquellos en los cuales existe una conexión tan íntima entre ellos, que no se pueden concebir como contratos independientes, por tener una finalidad común que requiere necesariamente la existencia de los dos contratos. Puede afirmarse que tienen una causa común, y la nulidad de uno produce la nulidad del otro, que teórica y abstractamente pueda ser perfectamente válido.

El arrendamiento financiero generalmente supone que el arrendador compre de un tercero la cosa que dará en arrendamiento. El arrendador solo tiene interés en comprar la cosa, en tanto sea el objeto del contrato de arrendamiento financiero. Al conectarse ambos contratos, están entrelazados de tal manera que el incumplimiento o nulidad del uno influye necesariamente sobre el otro. Generalmente son contratos innominados.

VI. SEGÚN LA DURACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES

Contratos de tracto o cumplimiento instantáneo y contratos de tracto o cumplimiento sucesivo.

1. Contratos de tracto o cumplimiento instantáneo

(878) El contrato de tracto o cumplimiento instantáneo, llamado también contrato de ejecución única, se caracteriza porque las partes cumplen sus prestaciones en un solo momento (venta de contado), en una determinada unidad de tiempo, que puede ser diferida (venta a crédito) a una oportunidad determinada, o inclusive a varias oportunidades determinadas (venta por cuotas). Este diferimiento no es de la esencia del contrato, no se requiere necesariamente el transcurso del tiempo para cumplir la prestación: el comprador a crédito, o a plazos, puede renunciar al término y pagar anticipadamente. La ejecución de las prestaciones no requiere del transcurso del tiempo, más o menos largo, sino que pueden ejecutarse instantáneamente.

Ejemplos de contratos son de tracto instantáneo: la venta, la permuta; la donación, la transacción.

2. Contrato de tracto sucesivo, de cumplimiento sucesivo o de ejecución continua

(879) Los contratos de tracto sucesivo están caracterizados porque la prestación de una de las partes, por lo menos, no se realiza en una unidad de tiempo, sino que requiere necesariamente el transcurso del tiempo en períodos más o menos largos para su cumplimiento; así ocurre, por ejemplo, en el arrendamiento, en el cual el arrendador se compromete a proporcionar el goce y disfrute de la cosa arrendada en forma continua durante determinado tiempo; el contrato de trabajo, respecto del trabajador, el contrato de obra, respecto del contratista, el contrato de sociedad; el contrato de mandato, a menos que se limite a un solo acto; el comodato, la enfiteusis, la anticresis, el mutuo; el contrato de suministro de energía eléctrica, el depósito, la renta vitalicia; en materia mercantil: la cuenta corriente, el contrato de seguro.

El simple diferimiento del cumplimiento de alguna de las prestaciones, así sea de la naturaleza del contrato, no es suficiente para darle el carácter de tracto sucesivo; por ejemplo, el contrato de transporte.

3. Interés de la clasificación

(880) La clasificación tiene múltiples aspectos de interés práctico, entre los cuales pueden señalarse:

1º En lo que respecta a la excepción *non adimpleti contractus*, cuyo efecto general en los contratos de tracto instantáneo es suspender el contrato y en los de tracto sucesivo es dejarlo sin efecto durante el lapso en que una de las partes dejó de cumplir con su obligación. Si el arrendador no puso al arrendatario en el goce pacífico de la cosa durante los dos primeros meses de un contrato por un año, se extinguen las obligaciones de ambas partes durante esos dos meses, y el contrato no se prolonga por dos meses más; vence en la fecha originalmente pactada.

2º Por lo que respecta a la acción resolutoria, los efectos retroactivos no pueden ocurrir plenamente en los contratos de tracto sucesivo por existir prestaciones cumplidas y ya disfrutadas, por lo que subsiste la obligación recíproca. Si se resuelve el contrato de arrendamiento por incumplimiento del arrendatario, este continua debiendo las pensiones correspondientes al período durante el cual disfrutó del uso de la cosa. Sin embargo algunos consideran que no es una consecuencia lógica de la naturaleza del contrato de tracto sucesivo.

3º Por lo que respecta a la aplicación de las diversas soluciones de la teoría de la imprevisión, sólo es posible en los contratos de tracto sucesivo, en los cuales las prestaciones son de ejecución continua y las partes pueden confrontar el problema de la excesiva onerosidad.

4º La prescripción de las acciones correspondientes a cada período, en el contrato de tracto sucesivo, comienza a correr separadamente desde la exigibilidad de cada prestación (Art. 1977 CC). No así, en el contrato de trabajo (Art. 61 LOT). La regla general es también aplicable a las obligaciones nacidas de contratos de ejecución inmediata, con prestaciones periódicas.

VII. SEGÚN LAS NORMAS LEGALES QUE LO REGULAN

Contratos nominados o típicos y contratos innominados o atípicos.

1. Contratos nominados o típicos

(881) Son aquellos contratos contemplados expresamente en la ley y regulados específicamente mediante normas especialmente dictadas a ese efecto. Como ejemplo pueden citarse la venta, el mutuo, la sociedad, la hipoteca, la prenda y todos los contemplados en el ordenamiento jurídico positivo con regulación y denominación propia. Venta con reserva de dominio, venta de apartamentos en propiedad horizontal, venta de parcelas, el depósito bancario, el arrendamiento financiero.

2. Contratos innominados o atípicos

(882) Contratos innominados o atípicos son aquellos que carecen de regulación legal específica, aun cuando en la doctrina y en la práctica tengan una denominación. Son producto de la autonomía de la voluntad, se rigen por las reglas fijadas por las partes contratantes, siempre que no violen normas imperativas, y supletoriamente por normas y principios generales comunes a todos los contratos, a los contratos en cuya categoría estén comprendidos (por ejemplo: contratos bilaterales), y a los principios generales aplicables a los mismos. También pueden quedar regulados por ciertas normas de contratos nominados de su misma naturaleza.

3. Diversas clases de contratos innominados o atípicos

(883) Dada la preeminencia en el Derecho Moderno del principio consensualista, la voluntad de las partes fija nuevos fines a las convenciones, hasta el punto de que en toda comunidad organizada

son cada vez más frecuentes la existencia y celebración de contratos que no encajan en los tipos prefijados por el legislador.

La existencia y aparición de nuevos contratos innominados ha sido considerado por algunos autores modernos como uno de los triunfos del contrato y en definitiva una reafirmación del principio de la autonomía de la voluntad. En efecto, la flexibilidad que el fundamento de la obligatoriedad del contrato le da a las formas contractuales ha permitido la creación de nuevos tipos de contratos, que han venido a llenar necesidades de la vida social y económica. Así, aparecieron muchos que fueron originalmente contratos innominados, como los contratos de representación y de edición, hoy regulados por la Ley Sobre el Derecho de Autor (Arts. 65 a 85), el contrato de arrendamiento financiero, previsto y regulado por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito (Arts. 80 a 84), así tantos otros que han nacido de una práctica de las relaciones entre particulares, de la actividad comercial, para cubrir necesidades del intercambio de bienes y servicios.

Ejemplos de contratos innominados son: el contrato de hospedaje, con alimentación completa (tres comidas), o parcial (desayuno); contrato de gira turística o vacacional, que comprende transporte, hospedaje y otros servicios; el contrato de factoring (compra de facturas, que en opinión de la mayoría constituye una aplicación del pago con subrogación por voluntad del acreedor), el contrato de gerencia (por el cual alguna persona particular o jurídica se encarga de administrar otra empresa, o determinadas actividades), el contrato de franquicia (por el cual se permite la utilización de una marca de fábrica, obligándose a cumplir con ciertas normas de calidad del producto ofrecido y de mercadeo), el contrato de tecnología (mediante el cual se crean, suministran y aplican sistemas gerenciales, administrativos y técnicos), el contrato de construcción llave en mano, que implica desde el diseño de una obra hasta su puesta en marcha, contrato de promoción y mercadeo. Por otra parte, la tecnología ha dado lugar a la existencia de contratos complejos de carácter innominados, que se celebran entre diversas personas, que quedan vinculadas indirectamente, como el contrato de tarjeta de crédito.

4. Interés práctico de la distinción

(884) **A.** Uno de los problemas presentados por el contrato innominado es la determinación de su causa, pues solo está tutelado por el Derecho objetivo, en tanto su finalidad sea lícita, en el sentido más amplio. Si la causa es ilícita (contrato de tecnología para comercio de drogas), o contrario a las buenas costumbres (contrato para procurar una concubina, mediante el pago de una mensualidad mientras dure el concubinato), el contrato está viciado de nulidad absoluta.

B. A los contratos nominados se les aplican las reglas supletorias previstas en el Código Civil, en el Código de Comercio, en las demás leyes y reglamentos que puedan regularlos.

En el caso de los contratos innominados es evidente que se le aplican las reglas generales de los contratos, inclusive las reglas generales de las categorías dentro de los cuales puede quedar comprendido el contrato innominado (contrato bilateral, oneroso, de ejecución inmediata, etc), pero además de estas reglas, por la naturaleza de las prestaciones convenidas entre las partes, deben aplicárseles también las normas de contratos nominados.

C. Para la debida interpretación del contrato y la determinación de las normas supletorias aplicables, la doctrina ha distinguido distintas especies de contratos innominados:

Una primera categoría está constituida por aquellos contratos aparentemente innominados, pero que en definitiva no es sino una forma de un contrato nominado. Por ejemplo, el contrato de estacionamiento cuando solamente se provee un espacio determinado para estacionar un vehículo durante un tiempo sin vigilancia, ni ninguna otra prestación adicional. En realidad estamos en presencia de un contrato de arrendamiento inmobiliario. En el mismo caso del estacionamiento, cuando se entrega el automóvil para ser guardado durante cierto tiempo y devuelto a requerimiento del usuario del vehículo, mediante el pago de una remuneración, estamos en presencia de un contrato de depósito remunerado.

Otra especie, son los contratos que tienen elementos de uno o varios contratos nominados, pero que no se confunden con ellos. Así, el contrato de estacionamiento puede implicar un espacio determinado para depositarlo, vigilancia del automóvil depositado mientras esté en ese espacio, limpieza diaria del vehículo y lavado periódico. En este caso ya no estamos en presencia ni de un contrato de depósito ni de un contrato de arrendamiento, sino de un verdadero contrato innominado.

5. (885) Los contratos complejos son generalmente inno-minados y se caracterizan porque son necesarios varios contratos, con distintas personas, pero con un nexo entre ellos necesario para cumplir la finalidad económica del contrato. Por ejemplo, el pago mediante tarjeta de crédito implica un contrato entre el pagador y el banco emitente de la tarjeta, otro entre el banco emitente y el sistema de pagos (Visa, Master Card, etc.) y por lo menos otro, entre el sistema y quien recibe el pago. En cambio, no son contratos complejos innominados en los cuales hay una causa única y pluralidad de prestaciones; por ejemplo la venta sucesiva de un lote de automóviles mediante el pago de un precio único. En este caso hay simplemente un contrato de venta con varios objetos.

6. (886) La mayoría de los contratos innominados constituyen una combinación de contratos nominados; tiene elementos de dos o más contratos nominados. En este caso la doctrina se inclina por considerar que hay un verdadero contrato innominado y a este respecto distingue a estos contratos denominados mixtos, por los métodos utilizados para su interpretación, mediante la aplicación analógica de las normas de los contratos nominados los cuales se parecen.

a) *Método de la absorción.* Según el cual en el contrato innominado hay elementos prevalentes de un contrato nominado y elementos propios de otro contrato. Por ejemplo, a nuestro criterio el contrato de estacionamiento con puesto fijo, en el cual se entrega el vehículo al garajista a quien está obligado a recibirlo en todo caso, que es precisamente la característica del puesto fijo, y a devolverlo. En

realidad en este contrato el elemento predominante es el depósito, porque si bien se le garantiza a la persona un puesto y generalmente se estaciona en el mismo lugar el vehículo, pero lo más importante, desde el punto de vista de la finalidad económica del contrato, es que el garajista está obligado en todo caso a recibir el vehículo de quien tiene el derecho al puesto fijo. En realidad poco importa, que el vehículo se deposite en determinado puesto o en otro.

b) *Método de la combinación*. En el cual conjugan elementos de dos o más contratos nominados. Por ejemplo, en el contrato de estacionamiento cuando el mismo usuario coloca su vehículo en un puesto fijo, y el garajista se obliga a cuidarlo, a limpiarlo, a lavarlo y a otras prestaciones adicionales (verificar el aceite, la gasolina, el aire de los neumáticos, suministrando los insumos necesarios). El puesto fijo y exclusivo nos da la idea de arrendamiento de ese espacio, el servicio de vigilancia del vehículo en forma permanente, nos da la idea de depósito, especialmente cuando el garajista tiene o conserva las llaves del vehículo; las demás prestaciones, son propias del contrato de obra o arrendamiento de servicios. Sin embargo, es imposible determinar cuál es la prestación más importante. Es difícil decir que en este caso uno de los contratos absorbe al otro. Entonces hay que aplicar en forma supletoria aquellas normas de estos contratos que sean compatibles con el propósito y razón de ser del contrato innominado, desechando aquellas que sean contrarias a su finalidad. En el ejemplo antes mencionado no parece aplicable la norma según la cual el precio deberá pagarse al hacerse la entrega (Art. 1646 CC - Contrato de Obra), que quien haya ejecutado una obra sobre cosa mueble tendrá derecho a retenerla en prenda hasta que se le pague; por ejemplo, si no se paga el suministro de gasolina (Art. 1647 CC), ni que el contrato se perfeccione por la tradición de la cosa, como es el caso del depósito (Art. 1751 CC), ni que el arrendatario deba devolver el espacio donde estaciona tal como lo recibió, de conformidad con la descripción hecha por él y el arrendador (Art. 1594 CC), pues el garajista no entrega ningún espacio, sólo lo indica.

No toda la doctrina está de acuerdo en utilizar estos métodos para la interpretación de los contratos denominados mixtos.

7. (887) Los contratos recíprocos son otra categoría de contratos innominados. Se trata de contratos que están en una relación de dependencia mutua y aun siendo autónomos e independientes, cada uno constituye la causa del otro, por los cuales existe una vinculación tan estrecha entre ambos, que no pueden existir separadamente.

Son contratos vinculados el precontrato y el contrato definitivo. Mediante el precontrato las partes, o una de ellas, se obliga a contratar con la otra; hay una estrecha vinculación entre ambos contratos, y en el momento de su interpretación es indudable que deberán tenerse en cuenta las estipulaciones expresas y supletorias de ambos contratos.

8. (888) Finalmente, en los contratos verdaderamente innominados, que en la práctica son bastante escasos, habrá que deducir de las reglas específicas convenidas por las partes, además de las reglas generales que regulan los contratos en general, aquellas normas particulares que pudieran ser aplicadas por analogía.

VIII. PRECONTRATOS, ANTECONTRATOS O PROMESAS DE CONTRATAR

1. CONCEPTO

(889) En la doctrina y en la jurisprudencia se contempla una categoría contractual cuyo objeto es la celebración de un contrato. No se trata de una oferta, acto unilateral, cuya aceptación por el destinatario hace nacer un contrato, sino de un verdadero negocio bilateral que tiene como objeto la celebración de un contrato futuro.

En la doctrina se distinguen dos tipos de precontratos:

A. *La promesa unilateral de contratar.* En este caso se trata de un contrato en el cual existiendo una manifestación bilateral de voluntad, una sola de las partes se obliga a celebrar un contrato, sin que la otra

una sola de las partes se obliga a celebrar un contrato, sin que la otra quede obligada a ello.

Se puede tratar de una promesa gratuita u onerosa, para celebrar un contrato unilateral o bilateral. Lo importante es que una sola de las partes queda obligada a celebrar el contrato definitivo; la otra no tiene tal obligación.

En la promesa unilateral de venta, el promitente se obliga por ejemplo, a vender una cosa por un precio, durante un tiempo determinado: me obligo a venderte diez mil acciones de la Electricidad de Caracas dentro de 90 días a Bs. 200,oo, pagaderas de contado. El otro contratante es acreedor de la obligación de celebrar el contrato; pero no está obligado a comprar, es solo el promitente quien se ha obligado a vender. Esta promesa de contratar puede ser gratuita, aun cuando generalmente es onerosa; el acreedor del contrato de compra venta, el que tiene derecho a comprar, generalmente paga una prima por ese derecho y por ello la promesa unilateral de comprar es en este caso un contrato bilateral. Es contrato porque ambas partes han convenido en ello y es bilateral, porque el promitente se obliga a vender, y el otro contratante a pagar una suma (que no es el precio de la venta); no es una simple oferta, acto unilateral que está sometida a otras reglas.

B. *La promesa bilateral de contratar* es aquel contrato mediante el cual ambas partes se obligan a celebrar un contrato. Por ejemplo, la promesa bilateral de compra venta de una cosa. La doctrina francesa, y en virtud de disposición existente en el Código Civil Francés (Art. 1583), considera esta promesa equivale a un contrato de compra venta. En el Derecho venezolano existió la misma norma que en el Código Francés (Art. 1514 CC 1922), pero desapareció desde el Código de 1942.

Por ello, consideramos que la promesa bilateral de compra venta es perfectamente válida en el derecho venezolano. El promitente se obliga a vender y el otro contratante se obliga a comprar una cosa determinada por un precio. Este contrato es muy común y a veces

necesario en materia de compra venta de inmuebles, por el cual las partes se obligan a contratar, a celebrar una futura compra venta ante la Oficina Pública de Registro competente. Esto tiene la ventaja de que las prestaciones de ambas partes se pueden cumplir coetáneamente: la tradición de la cosa (que en materia inmobiliaria se hace mediante la entrega del título debidamente registrado) y el pago del precio.

Este contrato llena una necesidad de comercio inmobiliario. Para comprar un inmueble se requiere el cumplimiento de ciertas formalidades (solvencias de impuestos municipales, pago de anticipo de impuesto sobre la renta o presentación del comprobante de vivienda principal); además, generalmente el comprador requiere financiamiento de un tercero quien exigirá hipoteca en garantía del préstamo que otorgue. Por consiguiente, es muy difícil que estando de acuerdo en el precio y en la cosa vendida, las partes quieren estar definitivamente obligadas y en caso de incumplimiento tengan que recurrir a un juicio de cumplimiento o resolución de contrato. Es más, como quiera que tratándose de un cuerpo cierto la propiedad se transfiere por el solo consentimiento, el comprador aun antes de haber pagado el precio se convertiría, al ser el contrato definitivo de venta, en propietario de la cosa, y el vendedor ni siquiera tendría hipoteca legal sobre el inmueble, puesto que la hipoteca, aun la legal, supone el registro del documento correspondiente.

Se ha sostenido que el compromiso de compra venta equivale a una compra venta definitiva. En realidad, se trata de interpretar el contrato específico que hayan celebrado las partes. Puede suceder perfectamente bien que, por la redacción del contrato, no se trate de una promesa bilateral de compra venta, sino de un contrato definitivo de compra venta. Puede haber elementos, además de los textuales, que permiten concluir lo contrario: que no se trata de un contrato de compra venta definitivo; por ejemplo, el promitente que se ha obligado a vender, se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta el momento del otorgamiento del documento relativo a la venta en la Oficina de Registro Público competente: o se establece que el contrato quedará

sin ningún efecto una vez transcurrido determinado lapso, sin que las partes hayan otorgado el documento registrado. Por consiguiente, es necesario interpretar el contrato específico para determinar si estamos en presencia de una promesa bilateral de compra venta o un contrato definitivo de compra venta.

2. Importancia de la distinción

(890) 1º Las promesas unilaterales y bilaterales de contratar, generalmente contratos innominados, permiten que no se produzcan los efectos del contrato definitivo. Así, tratándose de un contrato de compra venta, si hay un enriquecimiento como consecuencia de la venta, se causará el impuesto sobre la renta, aun cuando el contrato se haya resuelto por una condición resolutoria expresa o como consecuencia de la declaratoria con lugar de la acción resolutoria. En cambio, si hay precontrato no se ha producido el hecho generador del impuesto.

2º Permite el pago de una contraprestación mucho menor que la ventaja que correspondería al contrato definitivo: prima de la opción de compra o de venta en relación al precio de la compra venta.

3º Puede estipularse que el precontrato se resuelva de pleno derecho al haber transcurrido el término útil para celebrar el contrato definitivo.

4º Puede estipularse una cláusula penal pagadera por quien incumpla.

5º Pueden entregarse arras para garantizar el cumplimiento del precontrato.

IX. CONTRATOS ENTRE PERSONAS LEJANAS Y ENTRE PRESENTES

1. CONCEPTO

(891) La doctrina distingue el contrato entre personas ausentes, o personas lejanas en sentido más técnico, y personas que están frente a frente.

El contrato entre personas lejanas presenta diversos problemas que serán objeto de estudio más detenido al tratar sobre la formación de los contratos. En estos contratos entre personas lejanas, bien sea celebrados por correspondencia, por teléfono, telégrafo, por telex, por fax, e inclusive nuevos medios tecnológicos (cajero automático, internet) hay que determinar:

a. El momento del perfeccionamiento del contrato.
b. La capacidad de las partes para el momento de celebrar el contrato.
c. La Ley aplicable, cuando los contratantes están en distintos países.
d. Tribunales competentes, especialmente cuando el contrato es internacional.
e. Medios de prueba de la existencia del contrato.

En el contrato celebrado por medios tecnológicos en general, se presenta además de la cuestión probatoria, el problema del consentimiento, pues la voluntad de las partes es manifestada a través de un aparato y unas claves determinadas, que pueden o no emanar del aparente manifestante de la voluntad.

El Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas del 28 de febrero de 2001, cuyo objeto es (i) otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, (ii) otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico (independientemente de su soporte material), (iii) regular todo lo relativo a los proveedores de servicios de certificación y (iv) regular todo lo relativo a los certificados electrónicos, ha establecido las normas para resolver lo relacionado con este tema.

X. SEGÚN LA SITUACIÓN DE IGUALDAD O NO DE LAS PARTES:

Contratos paritarios y contratos de adhesión.

1. Contratos paritarios

(892) Son aquellos contratos producto de una libre negociación y discusión por las partes, quienes conjuntamente fijan sus diversas estipulaciones, de acuerdo a su voluntad, teniendo como único límite las normas imperativas aplicables. Generalmente ambas partes están en situación de igualdad, ninguna de ellas puede en la práctica imponerle a la otra las estipulaciones del contrato.

2. Contratos de adhesión

(893) El contrato de adhesión es aquel que ha sido redactado por una de las partes que generalmente por su posición económica puede imponerle a la otra parte todas las estipulaciones del mismo, por ser ésta la parte débil en la relación contractual.

Históricamente aparece principalmente en los contratos relacionados con la prestación de servicios públicos (suministro de agua, electricidad, teléfono) que tienen carácter de monopolio. La empresa que suministra el servicio público está en capacidad de imponer todas las estipulaciones del contrato a quien requiere sus servicios. El contrato está pre redactado por la parte que impone las estipulaciones contractuales. La otra parte no está en capacidad de discutir las estipulaciones que le son presentadas y de allí que en el contrato de adhesión no hay ni conversaciones previas, ni negociación, ni siquiera la posibilidad de discutir alguna de las cláusulas del contrato impuesto por la otra parte. Hay una evidente desigualdad entre las partes, pues quien se adhiere al contrato, o lo toma o lo deja. Inclusive se ha dudado si en este caso existe autonomía de la voluntad, aun cuando no puede negarse que teóricamente la parte que se adhiere es libre de

contratar o no; hay una autonomía de la voluntad reducida a su más mínima expresión.

El contrato de adhesión no nace de la arbitrariedad de una de las partes; por el contrario, es consecuencia de la masificación de la prestación de un servicio, o de la venta de ciertos bienes, inclusive de necesidades de técnica jurídica. La empresa de electricidad o de teléfono no puede discutir con cada cliente las condiciones en que prestará el servicio, tampoco puede hacerlo la empresa de seguros, el fabricante de productos en masa en cuanto a la garantía de funcionamiento del producto ofrecido, ni lo puede hacer el banco que recibe depósitos de miles de sus clientes. En la práctica, aun cuando se trate de la venta de un número limitado de cosas es difícil la discusión individual de cada contrato; por ejemplo, la venta de apartamentos en propiedad horizontal.

El contrato de adhesión es una realidad impuesta por el orden económico y la celeridad de las negociaciones, que reducen la autonomía de la voluntad a la aceptación o no por parte de quien se adhiere al contrato. La uniformidad de las estipulaciones, impuesta a veces por organismos privados, es a veces necesaria para facilitar la prestación de ciertos servicios. Ello permite por ejemplo, que un boleto de transporte aéreo pueda ser cedido a otro transportador, agilizando así los cambios de transportista que requiera el viajero.

Al existir desigualdad entre las partes contratantes, la jurisprudencia comienza a establecer normas en favor de quien se adhiere al contrato; por ejemplo, las cláusulas dudosas deben ser interpretadas en contra de la persona que redactó el contrato, que es una manera indirecta de imponerle la obligación a esa parte de redactar las cláusulas en términos claros e impresos en caracteres visibles y que puedan ser conocidos por la parte que se adhiere al contrato antes de su celebración.

Posteriormente, el Estado interviene protegiendo a quienes considera la parte débil: los consumidores. La Ley de Protección al Consumidor destina un capítulo a los contratos de adhesión, exigiendo que sean redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles

y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor (Art. 19), que deberán ser impresas en caracteres destacados las cláusulas que impliquen limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor (Art. 20) y declarando la nulidad de las cláusulas que otorguen a una sola de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato, establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, aplazamientos, recargos o indemnizaciones, con las excepciones establecidas en la ley; que hagan al consumidor o al usuario responsable por las deficiencias, omisiones o errores del proveedor, priven al consumidor de su derecho a resarcimiento frente a las deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio o que estén redactadas en términos vagos e imprecisos o no impresos en caracteres legibles, visibles y destacados que faciliten su comprensión (Art. 21).

Finalmente, la doctrina y la jurisprudencia establecen la nulidad de las llamadas "cláusulas abusivas".

El contrato de adhesión debe distinguirse de dos figuras parecidas: el contrato dirigido y el contrato obligatorio.

A. *La figura del contrato dirigido* es cuando un órgano de Estado debe aprobar previamente las cláusulas del contrato. En la definición que trae la Ley de Protección al Consumidor se hace esta distinción, al decir: "contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente (contrato dirigido) o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido" (Art. 21).

En el contrato dirigido ya ninguna de las partes es libre para determinar el contenido del contrato; todas sus estipulaciones están sujetas a la previa aprobación de la autoridad correspondiente, como sucede con las pólizas de seguro que deben ser aprobadas por la Superintendencia de Seguros (Art. 66 de la Ley de Seguros y Reaseguros y 67 del Reglamento).

Allí la autonomía de la voluntad está limitada a su esencia: el proveedor del servicio o vendedor tiene la libertad de dedicarse o no a esa actividad; podrá discutir con la autoridad competente las cláusulas

o condiciones generales de contratación del contrato dirigido; pero no puede fijarlas libremente; la otra parte sólo puede aceptar el contrato, o no aceptarlo.

B. Finalmente, aparece *la figura del contrato obligatorio,* en el cual una de las partes no puede, desde el punto de vista jurídico, negarse a contratar, lo que ocurre generalmente en el caso de servicios públicos. El contrato puede ser de simple adhesión o un contrato dirigido, pero lo que lo caracteriza es que quien presta el servicio, por ejemplo, la compañía de electricidad, no puede negarse a celebrar el contrato con alguna persona determinada. En la práctica ese contrato también es obligatorio para el usuario, porque es difícil pensar que en el mundo contemporáneo, una persona sea libre de tener o no energía eléctrica.

Finalmente, debe advertirse que pueden haber contratos obligatorios que no son contratos de adhesión, en los cuales la Ley solo ha fijado la obligación de contratar prevista en la derogada Ley de Regulación de Alquileres y el precio máximo, como sucedía en los contratos de arrendamiento de viviendas desocupadas, pero no las demás estipulaciones del contrato que pueden ser discutidas libremente por las partes.

XI. SEGÚN QUE EL CONTRATO PRODUZCA EFECTOS OBLIGATORIOS PARA LAS PARTES SOLAMENTE O BIEN PRODUZCA DICHOS EFECTOS PARA TERCEROS QUE NO SEAN PARTE DEL MISMO

Contratos individuales y contratos colectivos

1. Contratos individuales

(894) Son aquellos que regulan intereses de las propias partes contratantes; de allí la denominación de individuales. No afectan en modo alguno los derechos y obligaciones de terceros, salvo las excepciones establecidas en la ley (causahabientes a título universal, en ciertos casos causahabientes a título particular, oponibilidad del contrato a terceros, estipulación a favor de terceros).

2. Contratos colectivos

(895) Se denomina así a los contratos celebrados por grupos de personas, generalmente con personalidad jurídica (Sindicatos), vinculadas con otras personas por idénticos o similares fines, que regulan los intereses económicos de tales entidades, creando normas aplicables a los contratos individuales, que dependen del contrato colectivo. Por ejemplo: un contrato colectivo de trabajo suscrito por un sindicato de trabajadores y un empresario o un grupo de empresarios (Art. 507 LOT).

Los contratos colectivos presentan estas características:

1º Crean normas de carácter general aplicables a todos los contratos individuales que dependen del contrato colectivo, bien sean contratos existentes o contratos futuros. Las normas de los contratos individuales son sustituidas por las contenidas en el contrato colectivo a menos que aquellas sean más favorables. (Art. 508 LOT).

2º Esas normas son aplicables tanto a los contratos celebrados por personas representadas por el órgano global (Sindicato), como a quienes no hayan estado representados. (Art. 509 LOT).

3º Son aplicables a los contratos futuros. (Art. 509 LOT).

4º Generalmente contienen cláusulas que regulan las relaciones entre las partes contratantes; pero ello no es de su esencia.

No son contratos colectivos los celebrados entre varias partes (pluralidad de sujetos) cuando solo regulan sus intereses particulares (venta por todos los comuneros de la cosa común), ni los convenios colectivos, como la convención para la administración de bienes comunes (Art. 764 CC) que se caracterizan por ser obligatorios para todos los comuneros por acuerdo de la simple mayoría, y no por unanimidad como si se requiere para la formación del contrato.

XII. SEGÚN LA NATURALEZA PERSONAL DE LA PRESTACIÓN DE UNA O ALGUNAS DE LAS PARTES:

Contratos ordinarios y contratos *intuitu personae.*

1. Contratos ordinarios

(896) En los contratos ordinarios las prestaciones de las partes no tienen carácter personal; por lo tanto, en caso de incumplimiento, las obligaciones son susceptibles de ejecución forzosa en especie por medios indirectos de ejecución.

2. Contratos *intuitu personae*

(897) Son aquellos que se realizan en atención a las facultades o condiciones personales de uno de los contratantes, por lo menos. Presentan como características fundamentales las siguientes:

A. Además de los modos de terminación típicos de todo contrato, el contrato *intuitu personae* se extingue por la muerte del contratante cuyas condiciones de tipo personal califiquen de *intuitu personae* al contrato.

B. En caso de incumplimiento del contrato *intuitu personae* por la parte cuyas condiciones lo califican como tal, no es posible la ejecución forzosa en especie sino por equivalente.

C. El error en la identidad o cualidades de la persona pueden dar lugar a la anulabilidad del contrato (Art. 1148 CC).

XIII. POR RAZÓN DE LA EXPRESIÓN DE LA CAUSA DEL CONTRATO:

Contratos causados y contratos abstractos

1. Contratos causados

(898) Son aquellos que contienen no sólo la manifestación de voluntad de las partes de cumplir con las prestaciones, sino la causa de la promesa, o sea, la intención o fin jurídico perseguido con las prestaciones prometidas.

2. Contratos abstractos

(899) Son aquellos que contienen la manifestación de voluntad de las partes de cumplir con sus prestaciones haciendo abstracción de las causas de la promesa. Están constituidos por una simple promesa (*nuda promissio),* sin expresar el fin jurídico perseguido. La causa se presume (Art. 1158 CC).

En algunas legislaciones (Código Civil Alemán) se prevé el contrato abstracto en forma absoluta; la promesa de pago no está ni tiene que estar vinculada a ninguna otra relación entre las partes. En nuestro derecho, el llamado contrato abstracto siempre está vinculada a una relación subyacente que le sirve de causa. En general, la doctrina considera que fuera del área contractual los únicos negocios jurídicos abstractos son la letra de cambio y las obligaciones al portador.

XIV. SEGÚN LA LEGISLACIÓN APLICABLE:

Contratos internos y contratos internacionales.

1. Contratos internos

(900) Son aquellos que se celebran entre personas que en el momento de la contratación están dentro de la jurisdicción venezolana

y serán ejecutados dentro del territorio nacional. Sin lugar a dudas, a tales contratos solo se aplica la ley venezolana, salvo que las partes hayan escogido una ley extranjera como supletoria de la ley nacional, y siempre que ello no viole el orden público internacional.

2. Contratos internacionales

(901) Son aquellos celebrados entre personas que en el momento del perfeccionamiento del contrato se encuentran en países distintos, sometidos a leyes distintas.

En estos contratos se plantea en primer término el problema de cuál es la ley aplicable, a menos que las partes hubieran escogido convencionalmente una de las leyes nacionales, o inclusive una ley extraña a ambas. (Art. 30 Ley de Derecho Internacional Privado del 6-8-98). A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentren más directamente vinculados. El Tribunal tomará el cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese derecho. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptado por organismos internacionales (Art. 31 de la misma Ley).

Además de la ley citada, existen distintas convenciones que regulan el derecho aplicable a los contratos internacionales. Así, la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de fecha 22 de septiembre de 1995, establece que: "Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en estado partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un estado parte" (Art. 1). El artículo 2 dispone: "El derecho designado por esta convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un estado no parte".

Hay otras convenciones internacionales que regulan determinados contratos internacionales y que deberán ser tomados en cuenta en los casos específicos que dichas convenciones regulan.

En los contratos internacionales se presenta además el problema de cuáles sean los tribunales competentes para conocer de las controversias, que generalmente viene regulado por el derecho aplicable al contrato.

XV. SEGÚN EL DERECHO APLICABLE:

Contratos Privados, Contratos Públicos y Contratos Administrativos

1. Los contratos privados

(902) Son en general los contratos celebrados entre particulares, y entre los cuales es necesario distinguir entre otros, los contratos civiles y los contratos celebrados entre comerciantes, o sujetos a la ley mercantil, Las diferencias entre ambos regímenes son pocos, siendo los principales que en materia mercantil se presume la solidaridad (Art. 107 C. Com.); que los intereses correspectivos se producen de pleno derecho (Art. 109 C. Com.) y que los contratos gratuitos son ajenos al derecho mercantil, como la donación, que es gratuito en su esencia. Los demás contratos gratuitos del derecho civil se convierten en contratos onerosos cuando están sometidos a la ley mercantil. Además, hay ciertas relaciones que están regidas por todo un cuerpo de normas, como el contrato de trabajo, que difícilmente puede sostenerse sea un contrato de derecho civil, pues está sometido a toda la normativa contenida en la Ley Orgánica del Trabajo. Aun cuando siguen siendo contratos de derecho privado, también están sometidos a una ley especial los contratos agrarios.

2. El contrato público

(903) Los contratos celebrados por el Estado, cualquiera de sus órganos y en general por los entes públicos están sometidos a reglas particulares, aun cuando se trate de contratos de derecho privado, en

sentido estricto, en los cuales el ente público no esté ejerciendo el *ius imperium*.

Las empresas del Estado, especialmente cuando tienen forma de persona jurídica de derecho privado, celebran contratos civiles o mercantiles, que están regidos por las mismas normas que los particulares (Código Civil, Código de Comercio y demás leyes aplicables); pero generalmente para poder celebrar tales contratos, están sometidos al cumplimiento de una serie de requisitos y de autorizaciones previas, que pueden influir en la validez del contrato de derecho privado celebrado por el ente público.

3. El contrato administrativo

(904) es una figura creada por la doctrina y la jurisprudencia y es objeto de estudio por el Derecho Administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

DE PAGE, H. Ob. Cit. Tomo II, Nºs. 449 a 460.

JOSSERAND, Louis. Ob. Cit. Tomo II, Vol. I, Nºs. 18 a 38.

MAZEAUD, Henri-Leon-Jean. Ob. Cit. Parte II, Vol. 1, Nºs. 64 y sgtes.

PLANIOL, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo VI, Nºs. 32 al 45.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Art. 1133 al Art. 1145, págs. 41 a 91.

MELICH ORSINI, JOSÉ. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Capítulo II, Nºs. 26 a 56-A, págs. 47 a 76.

PALACIOS HERRERA, Oscar. Ob. Cit Título XXV a XXVI, págs. 134 a 145.

MESSINEO, F. Derecho Civil y Comercial. Ob. Cit. Tomo IV, Capítulo 135, págs. 472 a 488.

STARCK, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 103 al 164, págs. 35 a 56.

TERRÉ F., Ob. Cit. Nºs. 55 a 72, págs. 50 a 68.

AGUILAR GORRONDONA, José Luis. Derecho Civil IV - Contratos y Garantías - Universidad Católica Andrés Bello, 1996, págs. 137 a 141; 153 a 156.

Jurisprudencia

Diferencia entre promesa y venta

6-7-64; DFMSC1; JTR Vol. XII, pág. 881. Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. 1159 al 1168, Art. 1161, pág. 113.

Contrato Preparatorio

9-12-91; J53CMT; P. Tapia. Jurisprudencia de Tribunales de Instancia. Vol. 12, pág. 131.

Contratos nominados e innominados

10-12-52; DFIC1; Código Civil de Venezuela, Arts. 1133 a 1145, pág. 229.

Promesa de contrato

29-3-84 ; CSJ – SCC – Ramírez & Garay. Tomo LXXXV – 211-84

Opción de venta. Ramírez & Garay. Tomo LXXVIII – 226-82.

7-3-94 CSIC yM – I. Civ. JTR Vol. II – pág. 11-011

19-12-60 CSJ CC -

5-6-64 CSICyM – I. Civ. – Ramírez & Garay – Tomo X – 9-10

La promesa unilateral no es venta

29-5-53 CA/C2 JTR Vol. III pág. 330.

Capítulo 25
SECCIÓN PRIMERA
ELEMENTOS DEL CONTRATO

SUMARIO

I. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO. 1) La doctrina tradicional. 2) Disposiciones legales: 3) Requisitos de existencia del contrato. 4) Requisitos de validez del contrato.- II. LOS PRESUPUESTOS DEL CONTRATO. 1) Otros elementos del contrato. 2) Las partes contratantes. 3) Los llamados elementos naturales del contrato. 4) Estudio de los presupuestos y requisitos del contrato.- III. LA REPRESENTACIÓN. 1) Concepto. 2) Tipos de representación. 3) Capacidad del representante. 4) Voluntad del representante. 5) Representantes de las personas jurídicas. 6) Ratificación por el representado. 7) Representación tácita y expresa. 8) Contrato consigo mismo.

I. Elementos de existencia y validez del contrato

1. La doctrina tradicional

(905) La doctrina tradicional, tanto francesa como italiana (Pothier, Colin y Capitant, Mazeaud, De Page, Giorgi) consideran que los requisitos del contrato son: el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa. Esta doctrina se fundamentó principalmente en el texto del artículo 1108 del Código Civil Francés, según el cual los elementos del contrato son: el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa. La

misma disposición aparece repetida en el artículo 1103 del Código Civil Italiano de 1865, y en nuestros Códigos Civiles hasta el Código Civil de 1922.

Sin embargo, ya Planiol distingue entre las condiciones de validez y de existencia del contrato. Dice este autor

> este texto ha sido atacado porque coloca en un mismo plano la condición referente a la capacidad de contratar, que contribuye simplemente a la validez de la convención y las otras tres, sin cuyo concurso resulta inexistente..... en realidad, el consentimiento de partes capacitadas para contratar, o sea el acuerdo de voluntades competentes y conscientes efectuadas en la forma legal, es el elemento característico de todo contrato..... por tanto es procedente determinar en cuatro secciones consecutivas las personas que tienen poder y capacidad para contratar, el modo que las voluntades individuales exteriorizan y se unen para formar la relación jurídicamente los vicios del consentimiento susceptibles de comprometer la validez del contrato.

El Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones acoge la distinción entre elementos de existencia y validez del contrato y de allí la tomó el legislador en el Código Civil de 1942.

2. Disposiciones legales

(906) El artículo 1141 del Código Civil dispone: "Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1º Consentimiento de las partes, 2º Objeto que pueda ser materia de contrato, 3º Causa lícita". A su vez, el artículo 1142 del Código Civil establece: "El contrato puede ser anulado:1º Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, y 2º Por vicios del consentimiento".

En las disposiciones legales citadas, el Código Civil siguiendo las enseñanzas de la doctrina, distingue entre los requisitos de existencia del contrato y los requisitos de validez.

3. Requisitos de existencia del contrato

(907) La norma que hemos transcrito anteriormente merece algunas observaciones:

Al tratar acerca de la clasificación de los contratos, hemos señalado una categoría que distingue los contratos consensuales, contratos reales y contratos solemnes. La entrega de la cosa y el cumplimiento de la solemnidad son requisitos de existencia del contrato. Como la mayoría de los contratos son consensuales, y sólo requieren del consentimiento para sus perfeccionamiento, podríamos afirmar que existe un cuarto elemento de existencia del contrato, que es: la entrega de la cosa en los contratos reales y el cumplimiento de la solemnidad en los contratos solemnes.

El artículo 1325 del Código Civil Italiano de 1942 precisa:

"Son requisitos del contrato: 1. El acuerdo de las partes; 2. La causa; 3. El objeto; 4. La forma cuando resultara prescrita por la ley bajo pena de nulidad".

La ausencia de uno de estos elementos produce en principio, y de acuerdo con la doctrina clásica, la inexistencia o la nulidad absoluta del contrato, que puede ser invocada por cualquiera de las partes y por los terceros interesados y aun por el juez, de oficio, por tratarse de una cuestión de naturaleza jurídica. A falta de uno de estos elementos, la doctrina clásica dice que hay nulidad absoluta del contrato, inclusive para algunos autores, inexistencia del contrato. Pero la cuestión no es tan sencilla, pues la doctrina contemporánea considera que el carácter relativo o absoluto de la nulidad del contrato no depende tanto de sus elementos estructurales, del estado del acto, sino que hay que tomar en consi-deración otros aspectos, entre ellos el interés protegido por la sanción de nulidad.

4. Requisitos de validez del contrato

(908) La ley los menciona indirectamente en el artículo 1142 antes transcrito, refiriéndose a la consecuencia que produce la ausencia

de uno de estos elementos: 1º La capacidad de las partes; 2º la ausencia de vicios del consentimiento.

La incapacidad de una de las partes o la existencia de algún vicio del consentimiento produce la nulidad relativa del contrato, la anulabilidad del contrato, acción que solo puede ser intentada por la persona afectada por la ausencia de alguno de estos requisitos: el incapaz, o su representante legal; la persona que incurrió en el vicio del consentimiento. Ni la otra parte, ni los terceros podrán intentar ninguna acción, porque su interés no ha sido lesionado por la ausencia del requisito de validez del contrato.

La anulabilidad del contrato, como veremos oportunamente, está sujeta a un lapso especial de prescripción de cinco años; pero que no comienza a correr sino a partir de la fecha en que el incapaz deja de serlo o que la persona afectada haya descubierto la existencia del vicio del consentimiento, o este haya cesado.

II. LOS PRESUPUESTOS DEL CONTRATO

(909) La doctrina contemporánea, especialmente la teoría del negocio jurídico, ha considerado que existen elementos que no constituyen propiamente requisitos del contrato, sino más bien presupuestos de todo negocio jurídico. Los requisitos propiamente dichos son intrínsecos al negocio jurídico; como lo son los requisitos del contrato. En cambio, la doctrina generalmente denomina presupuestos elementos que son extrínsecos, que ejercen una función integradora del contrato para que este pueda producir plenos efectos válidos. Entre estos presupuestos están las partes, la capacidad de obrar, el poder de disponer, la representación.

1. Otros elementos del contrato

(910) Aun cuando las modalidades (término, condición y modo) son elementos accidentales de la obligación, que pueden existir o no,

sin embargo en la doctrina se habla de contratos condicionales en aquellos casos en los cuales todas las obligaciones que tienen su fuente en el mismo están afectadas por una misma condición, sea suspensiva o resolutoria. Se habla de contrato condicional, justamente porque el acontecimiento futuro e incierto afecta al contrato en su totalidad, y no a algunas de las obligaciones nacidas del mismo. Por ejemplo, el retracto. El artículo 1533 del Código Civil dispone: "Independientemente de las causas de nulidad y de resolución ya explicadas en este título y de las comunes a todas las convenciones, el contrato de venta puede resolverse por el ejercicio del derecho de retracto". Otros ejemplos: la donación hecha en consideración de un matrimonio futuro (Art. 1450 CC), la venta sujeta a ensayo previo (Art. 1478 CC). Lo mismo sucede con el término y el modo.

2. Las partes contratantes

(911) Como hemos mencionado anteriormente las partes contratantes tienen que ser por lo menos dos personas, pues el contrato es un negocio jurídico bilateral. Estas personas pueden ser personas naturales o personas colectivas, también denominadas personas jurídicas, de derecho privado (asociaciones, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles y mercantiles en cualquiera de sus especies), o personas de derecho público, (la República, los distintos Estados y Municipalidades y sus dependencias: institutos autónomos, corporaciones, fundaciones, empresas del Estado).

Cada una de las partes debe existir para el momento de la celebración del contrato. En el caso de la persona natural basta que la persona haya sido concebida, siempre que nazca viva y hasta el momento de su muerte. Por consiguiente, si para el momento del perfeccionamiento del contrato, la persona natural ha fallecido, el contrato no llega a formarse, no existe.

Las personas jurídicas de derecho privado en principio deben tener personalidad jurídica para el momento de la formación del

contrato; pero en el caso de las sociedades de hecho, aquellas que no han cumplido con los requisitos de publicidad necesarios para su oponibilidad a terceros, ello no es obstáculo para que se forme el contrato. Los socios fundadores, administradores o cualesquiera otras personas que hayan obrado en nombre de ella, quedarán personal y solidariamente responsables por sus operaciones (Art. 219 C.Com).

Las partes pueden concurrir personalmente a la formación del contrato, o pueden actuar a través de representantes, bien sea legales o convencionales, o a través de sus respectivos órganos. En principio, la persona que actúa por otro tiene que tener efectivamente la representación que alega, pues en caso contrario el contrato es ineficaz. Además, el representante puede requerir de autorizaciones previas que habiliten sus actuaciones; pero en tal caso la ausencia de formas habilitantes puede dar lugar a la anulabilidad del contrato (ausencia de capacidad) no así la falta de representación.

También la capacidad es un presupuesto del contrato, pues la parte contratante puede carecer de la aptitud para ejercer por sí mismo sus propios derechos (el menor, el entredicho) o puede carecer de la llamada capacidad de goce.

Siendo la representación un presupuesto que puede afectar la existencia del consentimiento, debemos analizar esta figura antes de entrar en el examen de los requisitos de existencia del contrato.

La declaración de voluntad es hecha generalmente por cada una de las partes contratantes, personalmente en forma directa y sin intervención de terceros. Se dice entonces que la parte actúa en su propio nombre.

Pero es frecuente que la persona que hace la declaración sea distinta de la parte contratante, en el sentido de ser la persona interesada en el contrato. El vendedor puede actuar por sí, o por intermedio de un representante, sea legal, o convencional. La representación es regulada expresamente a partir del Código Civil de 1942 (Arts. 1169 a 1172).

La representación es un caso particular de la colaboración o cooperación jurídica de una persona en los negocios de otra y en definitiva está directamente vinculada con la manifestación de voluntad.

3. Los llamados elementos naturales del contrato

(912) La doctrina considera como tales las prestaciones que nacen del contrato y le dan su tipología, su calificación jurídica. Podemos afirmar que hay venta, cuando una persona se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagar el precio, que hay donación cuando una persona se obliga a transmitir la propiedad de una cosa sin recibir nada a cambio, que hay arrendamiento cuando se obliga a hacer gozar de una cosa, sin transmitir la propiedad, mediante el pago de una suma de dinero. Como se comprende fácilmente estos no son elementos del contrato, sino las obligaciones que nacen de cada tipo de contrato y que determinan su calificación jurídica.

4. Estudio de los presupuestos y requisitos del contrato

(913) En vez de seguir la clasificación entre los elementos de existencia y los elementos de validez del contrato, hemos considerado más conveniente analizar los elementos y presupuestos del contrato en el siguiente orden:

1º La representación. 2º La capacidad. 3º El consentimiento. 4º Los vicios del consentimiento. 5º La formación del contrato o integración del consentimiento. 6º El objeto, y 7º La causa.

La capacidad de las partes y los vicios del consentimiento no tienen la misma naturaleza. En efecto, la capacidad de las partes es un elemento extrínseco al contrato, que debe existir antes de su formación; en cambio, los vicios del consentimiento se producen en la etapa misma de la contratación, en el momento de la formación del contrato, por lo cual son un elemento intrínseco del contrato.

Además, hay otros elementos extrínsecos y previos al contrato que son necesarios para que tenga plena eficacia.

III. LA REPRESENTACIÓN

1. Concepto

(914) Generalmente la declaración de voluntad es un acto de la propia parte contratante; pero esa voluntad puede también ser expresada por un tercero que actúa en interés de la parte contratante. La representación es la figura jurídica que permite a un tercero intervenir en la celebración de contrato en interés exclusivo de la parte contratante.

Debe distinguirse el representante del nuncio o simple emisario; el primero manifiesta su propia voluntad en interés del representado; el nuncio sólo transmite la voluntad de la parte contratante, es un simple medio de comunicación, como lo puede ser la carta o cualquier otro escrito. Por ello, los actos del nuncio no están regidos por los principios de la representación, sino por la relación entre éste y la parte contratante, generalmente un contrato de trabajo.

La representación no fue conocida en el Derecho Romano, ni siquiera los incapaces actuaban por medio de representantes, sino que quienes gestionaban los negocios del incapaz lo hacían en nombre y por cuenta propia; solamente debían ceder al incapaz las resultas de su actuación.

Aun cuando fue conocida en el antiguo Derecho francés, el Código Napoleón sólo la regula a propósito del mandato, pero no como una institución de carácter general.

En el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones si se reguló expresamente la representación y de allí tomó nuestro legislador las normas contenidas en los artículos 1169 a 1172. Sin embargo, estas disposiciones no constituyen una regulación completa de la representación, sino que establecen algunas reglas en relación a la misma.

La representación puede ser legal o voluntaria.

La representación legal es aquella que le confiere directamente la ley a las personas que tienen incapacidad de obrar. Al no concederle la ley ningún efecto válido a las manifestaciones de voluntad de los incapaces, estos requieren de una persona que actúe en nombre y por cuenta de ellas, por lo que la ley otorga la representación legal del menor, al padre, la madre, y a falta de estos al tutor y a este último, en caso de los entredichos. Estos representantes legales pueden actuar por sí mismos, tratándose de actos de administración, pero requieren de formas habilitantes (autorización judicial) para ejecutar actos de disposición.

Como en todo caso de representación, los actos del representante surten efecto directa e inmediatamente en la esfera de intereses del representado, no quedando obligados estos personalmente.

La representación voluntaria es aquella que nace de una manifestación de voluntad del representado, que confiere facultad al representante de inmiscuirse en sus negocios mediante un acto denominado poder.

La representación voluntaria nace generalmente de un contrato de mandato, que regula las relaciones entre el representado (mandante) y el representante (mandatario) que confiere a este poder de actuar en nombre y por cuenta del representado. El mandato no se confunde con la representación, es sólo causa u origen de la representación.

2. Tipos de representación

(915) Debemos señalar que existen diversos tipos de representación. La doctrina distingue entre la representación directa y la indirecta. La representación directa está contemplada en el artículo 1169 del Código Civil: "Los actos cumplidos en los límites de sus poderes por el representante en nombre del representado, producen directamente sus efectos en provecho y en contra de este último". En la representación directa los efectos del contrato se producen directamente en el círculo jurídico del representado, que es el destinatario de los

efectos de la declaración de voluntad del representante. Éste no queda vinculado personalmente por el negocio jurídico que ha celebrado en nombre de su representado. La parte contratante es el representado, el representante sólo gestiona intereses ajenos, dentro de los límites que le haya sido conferida la representación.

La representación impropia o indirecta es aquella en la cual el tercero actúa en nombre propio y por cuenta de la persona interesada. Es el caso del contrato de comisión mercantil: "Comisionista es el que ejerce actos de comercio en su propio nombre por cuenta de un comitente" (Art. 376 C. Com). En este caso el comisionista al actuar en nombre propio se obliga personalmente y aun cuando lo haga por cuenta de otro, éste no queda obligado sino frente al comisionista. En este caso no hay apoderamiento, no se ejerce el derecho de representación.

3. Capacidad del representante

(916) El representante no es totalmente ajeno al contrato, aun cuando no gestione sus propios intereses, ni los efectos del contrato que celebre lo afecten.

Por no ser la parte contratante, no requiere tener capacidad de obrar (Art. 1172 CC); por cuanto el representante expresa su propia voluntad, debe tener por lo menos la capacidad de entender, de querer, teniendo en consideración la naturaleza y el contenido del contrato que esté gestionando. En definitiva, debe tener la capacidad natural para celebrar el contrato de que se trate. Así, un adolescente de 16 años puede entender perfectamente un contrato para comprar los alimentos, medicinas y otras mercancías necesarias para alimentación y salud de su familia. Si el padre le ha otorgado un poder a tales efectos, los contratos que celebre producirán plenos efectos sobre su representado. En cambio, si a ese mismo menor se le otorga un poder para adquirir un inmueble en propiedad horizontal, difícilmente entenderá la naturaleza y el contenido de las diversas estipulaciones que tal contrato implica.

4. Voluntad del representante

(917) La voluntad del representante es la que forma el consentimiento, por lo tanto si su voluntad está viciada (por error, dolo o violencia) el contrato es anulable, como lo dispone el artículo 1172 del Código Civil. En cambio, si la voluntad del representado está viciada, en principio ello no produce la anulabilidad del contrato, salvo que tales vicios se refieran a hechos o circunstancias predeterminados por el representado; por ejemplo, cuando le otorgo poder a una persona para que compre determinado cuadro de Reverón, y por error adquiere una copia (Art. 1172 in fine).

5. Representantes de las personas jurídicas

(918) Requieren necesariamente de personas naturales para poder manifestar su voluntad. Para ello la ley las dota de órganos constituidos por personas naturales (Administrador, Junta Directiva) que expresan la voluntad de la persona jurídica. Aun cuando en algunos sistemas jurídicos se admite que los órganos estén constituidos por personas jurídicas, en última instancia siempre tiene que haber una persona natural que manifieste la voluntad de la persona jurídica.

Durante mucho tiempo la doctrina consideró que las personas naturales que constituyen el órgano de la persona jurídica la representan mediante un mandato con representación. Hoy en día, la doctrina ha abandonado la teoría del mandato; que sería un caso de representación legal. La doctrina contemporánea considera que el órgano expresa la voluntad de la persona jurídica sin que exista una verdadera representación al no actuar un interés ajeno. El órgano tiene las atribuciones y esfera de competencia que le atribuya el acta constitutiva y estatutos de la persona jurídica.

6. Ratificación por el representado

(919) La ausencia de representación, o su insuficiencia, puede ser subsanada por el representado, mediante una ratificación expresa o tácita; si el representado se aprovecha del contrato celebrado por el tercero en su nombre, sin tener la debida representación, no podrá alegar la ausencia o insuficiencia de representación. La ratificación le otorga plena validez al contrato viciado, y produce sus efectos desde la celebración del contrato.

7. Representación tácita y expresa

(920) La representación voluntaria a veces puede ser tácita, no requiere necesariamente de una manifestación expresa de voluntad del representado, como ocurre en el caso del dependiente de un comerciante al detal (Art. 101 C. Com) a quien suponemos autorizado no solamente para recibir el precio, sino también para entregarnos la mercancía, inclusive para fijar el precio.

Como regla general, la representación debe constar de una manifestación expresa de voluntad, generalmente por escrito, inclusive por documento auténtico (Art. 101 C. Com) o registrado (Art. 1169 CC) que se denomina poder, lo que destaca el apoderamiento al apoderado o representante para intervenir en la esfera de intereses del poderdante.

El poder puede ser especial para un acto, general para toda especie de actos, o limitado; tales limitaciones deben constar necesariamente del poder respectivo. La revocatoria del poder deberá hacerse en la misma forma que se otorgó el poder; deberá notificarse al apoderado, para que cese la representación y tratándose de poderes otorgados por documentos registrados, deberá anotarse la revocatoria al margen de la copia del documento original. La falta de anotación no es esencial para que esta produzca efectos; pero la notificación al apoderado sí lo es.

Corresponde a quien contrata con el representante constatar que efectivamente tiene la representación de la parte contratante.

Para celebrar ciertos contratos se requiere facultad expresa: para efectuar donaciones (Art. 1438 CC), se requiere poder especial. El poder concedido en términos generales comprende solo los actos de administración, para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier acto de disposición se requiere poder expreso (Art. 1688 CC).

En virtud del principio de seguridad jurídica, el representado no puede oponer a los terceros las limitaciones o revocatoria del poder, a los terceros de buena fe que no hayan tenido conocimiento de ellas al tiempo de la celebración del contrato (Art. 1170 CC), principio repetido en el artículo 1707 CC. Los efectos del mandato se extienden a quienes han contratado de buena fe con el mandatario, cuyo mandato se ha extinguido por la muerte de aquel o por otras causas que hayan podido extinguirlo (Art. 1710 CC).

8. Contrato consigo mismo, Doble actuación de una misma persona

(921) El Código Civil vigente dispone en el artículo 1171, lo siguiente: "Ninguna persona puede, salvo disposición contraria de la Ley, contratar consigo mismo en nombre de su representado, ni por cuenta propia, ni por cuenta de otro, sin la autorización del representado. En todo caso, éste puede ratificar el contrato".

Esta disposición permite expresamente que una misma persona represente a ambas partes en la elaboración de un contrato; por ejemplo al vendedor y al comprador. Por ello, se denomina a esta situación contrato consigo mismo, cuestión que parece un contrasentido. Sin embargo, la voluntad de las personas representadas por quien contrata consigo mismo, deben haberlo autorizado para ello. En esta autorización, o poder, es que está la manifestación de voluntad del representado o representados. Por esta razón, consideramos que la autorización debe referirse expresamente a los requisitos concretos del contrato a ser celebrado; en caso de una venta: cosa y precio. No basta una autorización genérica.

BIBLIOGRAFÍA

De Page, H. *Ob. Cit.* Tomo I, Nºs. 31 a 33, págs. 42 y 43; Tomo II, N° 448, págs. 405 a 407.

Giorgi, Jorge. *Ob. Cit.* Tomo III, Nºs. 282, págs. 291 a 298.

Marty, G. *Teoría General de las Obligaciones. Ob. Cit.* Vol. I, págs. 66 a 67.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. *Ob. Cit.* Tomo 6, Nºs. 54 a 74, págs. 76 a 103.

Código Civil de Venezuela. *Antecedentes. Ob. Cit.* Vol. Arts. 1133 al 1145, Art. 1141, pág. 231 a 244; Vol. Arts. 1169 a 1198; Art. 1169 a 1172.

Melich Orsini, José. *Doctrina General del Contrato. Ob. Cit.* Nºs. 78 a 81, págs. 101 a 105.

Messineo, F. *Doctrina General del Contrato. Ob. Cit.* Tomo I, Cap. II, Nºs. 1 a 3, págs. 72 a 78; Cap. IV, N° 1 al 23, págs. 235 a 275.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 165 a 174.

Jurisprudencia

Existencia

13-2-29. Para la existencia del contrato se necesita que haya habido consentimiento, objeto causa y solemnidad (si es solemne). CFC - SC. Memoria 1930, pág. 146.

Código Civil de Venezuela. *Ob. Cit.* Vol. "Arts. 1133 al 1145", pág. 268.

20-11-67. CSJ - SCCMT; Ramírez & Garay. Tomo XVII.

Capítulo 25
SECCIÓN SEGUNDA
LA CAPACIDAD

SUMARIO

I. GENERALIDADES. Diversas clasificaciones de la capacidad.- II. LA CAPACIDAD CONTRACTUAL: 1) Concepto. 2) Caracteres de la capacidad contractual. Enumeración. 3) Incapacidad natural e incapacidad legal.- III. DIVERSOS CASOS DE INCAPACIDAD CONTRACTUAL. 1. Incapacidades por antonomasia: De origen natural y de origen civil. A. Menor puro y simple. B. Menor emancipado. C. Actos para los cuales tienen capacidad los menores. D. Entredicho. E. Inhabilitado.- IV. EFECTOS DE LA INCAPACIDAD CONTRACTUAL. Enumeración.- V. DIFERENCIAS ENTRE LA CAPACIDAD CONTRACTUAL Y LA DELICTUAL.- VI. INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

I. Generalidades

(922) Desde un punto de vista general, puede afirmarse que la capacidad no es una noción que pertenezca al campo de la teoría general de las obligaciones, ni tampoco a la teoría general del contrato, sino más bien la doctrina es acorde con que pertenece a la teoría general del Derecho, o en forma más específica, a la teoría general de los actos jurídicos. Si se estudia dentro del campo de la teoría general

del contrato, no es más que un presupuesto del contrato, o como dice la doctrina clásica, un elemento esencial a la validez de los contratos. Sólo estudiaremos la llamada capacidad negocial o contractual, que no es más que una subespecie dentro de los diversos tipos de capacidad.

(923) Desde un punto de vista muy amplio, podemos definir la capacidad como la medida de la aptitud de las personas en relación con los derechos y deberes jurídicos. Esa capacidad se ha clasificado por la doctrina en capacidad de goce o capacidad jurídica o legal, que es la medida de la aptitud para ser titular de derechos o deberes; y capacidad de obrar, que es la medida de la aptitud para producir efectos jurídicos válidos mediante actos de la propia voluntad.

La capacidad de obrar se ha subdividido, a su vez, entre otras, en tres subtipos.

a) Capacidad negocial o de ejercicio, que es la medida de la aptitud para realizar en nombre propio negocios jurídicos válidos.

b) Capacidad delictual o de imputación, que es la medida de la aptitud para quedar comprometido el sujeto de derecho por sus actos ilícitos propios.

c) Capacidad procesal, que es la medida de la aptitud para efectuar actos procesales válidos.

En todos estos subtipos de capacidad rige el principio universalmente conocido de que la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción.

Cuando nuestro Código Civil menciona la capacidad de las partes contratantes como requisito esencial para la validez de los contratos, se está refiriendo a la capacidad negocial, también conocida en la doctrina bajo la denominación de capacidad contractual, y es precisamente a ella que nos referimos en el presente capítulo.

II. La capacidad contractual o negocial

1. Concepto

(924) Es la medida de la aptitud de un sujeto de derecho para realizar por su propia voluntad negocios jurídicos válidos que afecten sus propios intereses.

Siguiendo la doctrina tradicional, nuestro Código Civil coloca la capacidad como elemento, requisito o condición indispensable a la validez del mismo. Esto quiere significar que es un elemento necesario para que el contrato produzca todos sus efectos jurídicos. La ausencia de capacidad puede producir la invalidez del contrato; que si bien éste existe, puede ser anulado a petición de la parte en cuyo favor se ha instaurado esa anulabilidad.

La doctrina contemporánea, especialmente la italiana, considera la capacidad como un presupuesto del contrato, extrínseco al mismo y que debe existir en el momento de la celebración del contrato. La posterior incapacidad de la persona por haber sido declarado entredicho, bien sea por defecto intelectual o como consecuencia de condena penal, en nada afecta la validez del contrato.

2. Caracteres de la capacidad contractual

(925) La capacidad contractual reúne algunos caracteres derivados de la propia estructura de la noción general de capacidad, pero adquiere relieves y caracteres *sui generis* al referirse específicamente al contrato. Estos caracteres son:

A) La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción. En principio, toda persona se reputa como capaz, salvo en los casos y situaciones en que el legislador la señale como incapaz para contratar con algún sujeto de derecho.

Como consecuencia, podemos anotar:

a) La incapacidad debe ser señalada expresa o específicamente por el legislador, no pudiendo inducirse de situaciones o casos no manifestados por el ordenamiento jurídico positivo.

La regla es expresada por el legislador en el artículo 1143 del Código Civil:

"Pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por la ley".

b) Las disposiciones legales que establecen la incapacidad contractual de determinadas personas son de interpretación restrictiva, no pudiendo extenderse en su aplicación por vía analógica a otras personas no declaradas expresamente como incapaces por la ley, ni a casos ni situaciones no contempladas expresamente por el legislador.

c) La carga de la prueba de la incapacidad corresponde a quien la alega, trátese de incapacidad propia o de incapacidad ajena.

B) Las normas que establecen la incapacidad son de orden público; ello significa que no pueden ser alteradas ni relajadas por convenios particulares ni por pactos expresos o tácitos de las partes; ni aun con el consentimiento de la persona en cuyo favor se haya establecido esa incapacidad.

Como consecuencia tendríamos que aun cuando las partes de un contrato dispusieran de mutuo acuerdo considerar como capaz a una de ellas, no siéndolo realmente, el contrato de todos modos sería anulable. Igualmente sería anulable un contrato suscrito por un menor, aun cuando éste expresamente se comprometiera a no alegar su minoridad.

C) Las normas que consagran la incapacidad no obstante ser de orden público, son dictadas en beneficio y protección de los propios incapaces. En consecuencia, sólo pueden prevalerse de ellas los propios incapaces en cuyo interés se ha dictado la incapacidad y no las personas que hubiesen contratado con el incapaz. Sólo el incapaz mediante su representante o asistido por éste, según los casos, o personalmente

cuando haya cesado la incapacidad, puede pedir la nulidad del contrato efectuado por él, y no la otra parte contratante. Así lo consagra el artículo 1145 del Código Civil: "La persona capaz de obligarse no puede oponer la incapacidad del menor, del entredicho ni del inhabilitado con quien ha contratado".

Sólo existe una excepción a este principio: cuando la interdicción proviene de condena penal, caso en el cual puede ser opuesta por todos aquellos a quienes interese. Así lo dispone el segundo párrafo del artículo 1145: "La incapacidad que se deriva de la interdicción por causa de condenación penal, puede oponerse por todos aquellos a quienes interese". Se explica esta excepción por cuanto la incapacidad supuesta por la interdicción derivada de sentencia penal responde, no a causas naturales (deficiencia mental, minoridad), sino a causas jurídicas, como medida complementaria de la pena de presidio, y en tal situación sería injusto privar a quien ha contratado con el entredicho por condena penal, del derecho a pedir la nulidad del contrato.

D) La incapacidad contractual produce la anulabilidad del contrato. Esa anulabilidad no se produce sino a instancia de la parte en cuyo favor se ha establecido la nulidad; de allí que ésta se califique como nulidad relativa. El contrato en principio produce sus efectos, sólo que sobre él pesa la posibilidad de ser declarado nulo. Tal es el contenido del artículo 1142 del Código Civil: "El contrato puede ser anulado: 1º Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas...".

3. Incapacidad natural e incapacidad legal

(926) La incapacidad legal, salvo la interdicción como consecuencia de una condena penal, supone una deficiencia en la voluntad de la persona, bien sea por no haber alcanzado el grado de madurez necesario, como en el caso del menor, o por un defecto mental grave y habitual, supuesto de la interdicción (Art. 393 CC), o por un defecto intelectual de menor gravedad, supuesto de la inhabilitación (Art. 409 CC).

No basta la incapacidad natural, pues ello atentaría contra la seguridad jurídica, por lo cual para establecer la incapacidad legal la ley sigue un criterio objetivo, fácil de probar, como es la minoridad (no haber alcanzado los dieciocho años) y la sentencia que declare la interdicción o la inhabilitación. El menor de edad puede tener la suficiente madurez intelectual o el entredicho puede tener intervalos lúcidos, pero ello no le confiere capacidad negocial.

Puede existir incapacidad natural sin haber incapacidad legal: el demente que no ha sido declarado entredicho. En este caso, más que una situación de incapacidad, nos podemos encontrar con ausencia de consentimiento. Sin embargo, debe señalarse que los efectos de la incapacidad legal pueden extenderse a los actos celebrados con anterioridad a la interdicción cuando se demuestre que la causa de la interdicción existía para el momento de la celebración del acto (Art. 405 CC) "o cuando la prueba de la enajenación mental resulte del acto mismo que se impugne" (Art. 406 CC), en el supuesto de haber fallecido la persona con defecto mental grave y habitual.

III. DIVERSOS CASOS DE INCAPACIDAD CONTRACTUAL

(927) Dado que la incapacidad contractual es la excepción, es necesario acudir a los textos legales, a fin de determinar cuáles incapaces son señalados como tales por el legislador; advirtiendo que éste se extiende más en materia de incapacidad contractual que en materia de incapacidad delictual, porque considera que es necesario más experiencia de la vida para responder por negocios jurídicos que por hechos ilícitos; de allí que muestre mayor preocupación por señalar casos de incapacidad contractual y dedique a ello mayor número de normas para consagrarlas.

Nuestro Código Civil se refiere a los casos de incapacidad en el artículo 1144:

> Son incapaces para contratar en los casos expresados en la ley: los menores, los entredichos, los inhabilitados y cualquiera otra

> persona a quien la ley le niega la facultad de celebrar determinados contratos. No tienen capacidad para adquirir bienes inmuebles los institutos llamados de manos muertas, o sea los que por las leyes o reglamentos de su constitución no pueden enajenarlos.

Del contenido del artículo referido, pueden distinguirse dos grandes clases de incapacidades contractuales:

Primero: Las llamadas incapacidades por antonomasia, que pueden ser de origen natural, como ocurre con el menor, el entredicho (salvo el que lo es por razón de una sentencia penal) y el inhabilitado; por razones de la edad, en el caso del menor; o por deficiencia mental, en el caso del entredicho o el inhabilitado. Pueden ser de origen legal, como el entredicho por sentencia penal o el inhabilitado por quiebra. *Segundo:* Las incapacidades especiales para realizar determinados contratos y negocios jurídicos, que son señalados en cada caso por el legislador, que no constituyen propiamente casos de incapacidad para la doctrina contemporánea, sino más bien incompatibilidades para contratar.

1. Incapacidades por antonomasia: de origen natural y de origen civil

(928) Están constituidas por la del menor, el entredicho y el inhabilitado, quienes no pueden contratar por sí mismos, sino por medio de la representación, en los casos en que el incapaz es sustituido por la persona que interviene en su nombre y por su cuenta, o por medio de los regímenes de asistencia y autorización, en los cuales la persona que interviene no sustituye al incapaz, sino que lo asiste o completa su personalidad, teniendo la facultad de aprobar o no los contratos en que intervenga el incapaz, quien conserva la iniciativa de los mismos.

Estas incapacidades lo son en mayor o en menor grado. Respecto a dichos incapaces pueden distinguirse varias situaciones:

A. Menor puro y simple

(929) Constituye una incapacidad establecida por el legislador, en virtud de la razón natural de la minoridad o menor edad. Es menor de edad quien no haya cumplido dieciocho años (Art. 18 CC) y es sustituido por su representante legal en todos los actos civiles que le conciernen. Ese representante es el padre o la madre, quienes administran sus bienes y no pueden excederse de los actos de simple administración, sino en los casos de utilidad o necesidad para el hijo y previa autorización del juez, todo conforme a lo previsto en el artículo 267 del Código Civil.

En los casos en que el menor no tuviere representante legal, será provisto de tutor y protutor, quienes ejercerán su representación de conformidad con lo previsto sobre tutela en los artículos 301 y siguientes del Código Civil.

B. Menor emancipado

(930) La emancipación del menor le confiere la capacidad de ejecutar por sí mismo todos los actos de simple administración, pero para los que excedan de esa simple administración, necesita de la autorización del juez (art. 383 CC).

Para estar en juicio y para los actos de jurisdicción voluntaria, el menor emancipado deberá estar asistido por uno de sus progenitores, y a falta de estos por un curador especial nombrado por el propio menor emancipado, con la aprobación del juez (Art. 383 CC).

C. Actos para los cuales son capaces los menores

(931) Los menores pueden efectuar por sí mismos algunos actos, a saber:

a) El menor de dieciséis o más años tiene plena capacidad para disponer por testamento. Si es casado, viudo o divorciado puede disponer por testamento aun cuando sea menor de 16 años (art. 837, ord. 1º).

b) Pueden celebrar contratos de trabajo, pertenecer a sindicatos y efectuar otros actos en materia laboral, los menores que hayan cumplido 14 años, siempre que estén autorizados por su representante legal. (Art. 248 Ley Orgánica del Trabajo).

c) Pueden actuar como mandatarios en representación de terceros siempre que tengan la capacidad natural para querer y entender el negocio objeto del mandato y celebrar contratos de mandato, pero no quedan obligados personalmente con el mandante sino hasta los límites dentro de los cuales pueden ser obligados como incapaces (art. 1690); por ejemplo, por enriquecimiento sin causa, o por hecho ilícito, siempre que tuvieren discernimiento.

d) Pueden los menores varones mayores de 14 años y las hembras de 12 años contraer matrimonio con la autorización de su representante legal.

e) Los mayores de 14 años podrán movilizar cuentas de ahorro, previa autorización escrita de su representante legal (Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, Art. 28 – Parágrafo Único).

D. Entredicho

(932) En cuanto al mayor de edad o menor emancipado que se encuentre en estado habitual de defecto intelectual que lo haga incapaz de proveer a sus propios intereses, será sometido a interdicción, quedando el entredicho bajo tutela y representado por el tutor, quien lo sustituirá totalmente (art. 393 y 397). En la misma situación quedará el entredicho por condena penal (art. 408).

E. Inhabilitado

(933) Se trata del débil de entendimiento cuyo estado no reviste gravedad que amerite la interdicción; del pródigo, el sordomudo y el ciego de nacimiento o durante la infancia, los tres últimos una vez llegados a la mayoría de edad.

La inhabilidad comprende no poder estar en juicio, ni efectuar actos de disposición (realizar transacciones, dar o tomar préstamos, percibir créditos, liberar, enajenar o gravar sus bienes), ni efectuar actos que excedan de la simple administración, sin estar asistido de un curador nombrado por el juez. La incapacidad puede extenderse aun a los actos de simple administración, cuando el juez lo considere necesario (art. 409).

IV. EFECTOS DE LA INCAPACIDAD CONTRACTUAL

(934) Dado que la incapacidad contractual es una excepción, sus efectos deben restringirse a aquellos específicamente señalados por el legislador y no extenderse a otros casos por vía analógica.

El efecto fundamental está contemplado en el articulo 1142 del Código Civil, el cual establece la anulabilidad del contrato cuando ambas partes o una sola de ellas son incapaces. Esa anulabilidad es establecida en beneficio o protección del propio incapaz, quien es la parte que puede invocarla, no pudiendo ser opuesta o alegada por la parte que fuere capaz, salvo en los casos en que el incapaz lo fuere por razón de interdicción por condena penal.

Al respecto, el artículo 1145 del Código Civil dispone: "La persona capaz de obligarse no puede oponer la incapacidad del menor, del entredicho ni del inhabilitado con quien ha contratado.

La incapacidad que se derive de la interdicción por causa de condenación penal, puede oponerse por todos aquellos a quienes interese".

Del efecto primordial de la anulabilidad del contrato podemos deducir otros efectos derivados de ella, a saber:

1º El contrato queda afectado de nulidad relativa (ver capítulo referente a las nulidades), por lo que no es nulo *ab initio*, sino que la nulidad debe ser declarada por el juez.

Por lo que respecta a las obligaciones de menores, la acción de nulidad se admite en los siguientes casos:

a) Cuando el menor no emancipado ha ejecutado por su cuenta un acto sin intervención de su legítimo representante.

b) Cuando el menor emancipado ha ejecutado por su cuenta un acto para el cual la ley requiere la asistencia de sus progenitores, o autorización judicial (Art. 383 CC).

c) Cuando no se han observado las formalidades establecidas para ciertos actos por disposiciones especiales de la ley (art. 1347).

Por excepción, el menor no puede atacar la obligación que hubiere contraído cuando mediante medios o maquinaciones dolosas ha ocultado su minoridad. La simple declaración de ser mayor hecha por el menor, no basta para probar que ha obrado con dolo (art. 1348). Se presume, que si el menor de edad tiene la suficiente habilidad para engañar a la otra parte con respecto a su edad, es porque tiene la aptitud necesaria para manejar sus propios intereses y en consecuencia no necesita de una protección especial.

La acción para pedir la nulidad dura cinco años, salvo disposición especial de la ley, contados, respecto de los entredichos e inhabilitados, desde el día en que fue alzada la interdicción y la inhabilitación, y respecto de los actos de los menores, desde el día de su mayoridad (art. 1346).

2º La declaratoria de nulidad tiene efecto retroactivo. El contrato se considera nulo desde que se celebró y no desde que fue declarada dicha nulidad.

3º El incapaz no puede ser obligado a cumplir, aun cuando todavía no se hubiera declarado la nulidad del contrato (último párrafo del artículo 1346, "En todo caso la nulidad puede ser opuesta por aquel que ha sido demandado por la ejecución del contrato").

4º El incapaz tiene acción para repetir las prestaciones que hubiere efectuado en el cumplimiento del contrato.

5º El incapaz queda obligado a restituir las prestaciones que en virtud del cumplimiento del contrato hubiese recibido de la otra parte, pero sólo hasta el límite en que dichas prestaciones se hubiesen

convertido en su provecho. A este respecto el artículo 1349 dispone: "Nadie puede reclamar el reembolso de lo que ha pagado a un incapaz, en virtud de una obligación que queda anulada, si no prueba que lo que ha pagado se ha convertido en provecho de tal persona". Ello en virtud del principio del enriquecimiento sin causa, por el cual sí responde el incapaz, ya que la indemnización se funda en el equilibrio patrimonial, sin tener que tomarse en cuenta la imputabilidad subjetiva u objetiva del enriquecido, quien puede ser una persona capaz o incapaz.

V. DIFERENCIAS ENTRE LA CAPACIDAD CONTRACTUAL Y LA DELICTUAL

(935) La capacidad contractual es considerada por el legislador con mayor rigidez que la capacidad delictual. Ello se observa en el régimen que las regula. En materia delictual, el incapaz responde por sus actos ilícitos cuando actúa con discernimiento, independientemente de la edad o defecto intelectual que presente (art. 1186). La responsabilidad civil delictual procede siempre que exista discernimiento en el momento de producirse el hecho ilícito. En cambio, en materia contractual el legislador es más estricto, pues no se atiene al discernimiento para fijar la capacidad, sino que fija límites objetivos, como la minoría de edad y el defecto intelectual. El menor, el entredicho y el inhabilitado jamás pueden comprometer su responsabilidad en virtud de una relación contractual, pues por esas mismas circunstancias objetivas son considerados incapaces.

VI. INCOMPATIBILIDAD PARA CONTRATAR

(936) La ley prohibe celebrar determinados contratos a ciertas personas, lo que la doctrina francesa ha denominado incapacidades especiales. La doctrina italiana considera que no se trata de verdaderas incapacidades que afectan a la persona en su capacidad psíquica o intelectual, sino prohibiciones para celebrar ciertos contratos por la

relación entre la persona y las otras partes contratantes o con los bienes objeto del contrato. Por ello, prefiere hablar de incompatibilidades para contratar, que constituyen casos de ausencia de legitimación para contratar. Las incompatibilidades para contratar producirán la nulidad relativa o absoluta del contrato, según la naturaleza del interés protegido.

Están contempladas en diversas disposiciones del ordenamiento jurídico positivo. Se señalan principalmente las siguientes:

A) El marido y la mujer para comprar y vender entre sí (Art. 1481 CC).

B) No pueden comprar ni aun en subasta pública ni directamente ni por intermedio de otras personas (Art. 1482 CC).

1º El padre y la madre, los bienes de sus hijos sometidos a su potestad.

2º Los tutores, protutores y curadores, los bienes de las personas sometidas a tutela, protutela o curatela.

3º Los mandatarios, administradores o gerentes, los bienes que están encargados de vender o hacer vender.

4º Los empleados públicos, los bienes de la Nación, los Estados o sus secciones o de los establecimientos públicos de cuya administración estuvieren encargados, ni los bienes que se venden bajo su autoridad o ministerio.

5º Los magistrados, jueces, fiscales, secretarios de tribunales y oficiales de justicia, los derechos y acciones litigiosas que cursen ante el Tribunal de que forman parte.

6º Los abogados y procuradores no pueden celebrar pactos ni contratos de venta, donación, permuta u otros semejantes, sobre las cosas comprendidas en las causas a que presten su ministerio.

C) El representante no puede contratar consigo mismo, a menos que el representado lo haya autorizado expresamente (Art. 1171 CC).

BIBLIOGRAFÍA

DE PAGE, H. Ob. Cit. Tomo I, Nºs. 75 a 82, págs. 78 a 92 Tomo II, Nºs. 1 a 32, págs. 7 a 52.

GIORGI, Jorge. Ob. Cit. Tomo III, Nº 42, pág. 51.

JOSSERAND, Louis. Ob. Cit. Tomo I, Vol. I, N° 302 a 307, págs. 262 a 266; Tomo II, Vol. I, Nº 111.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Ob. Cit. Tomo VI, Nºs. 75 a 91.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Art. 1133 al Art. 1145, págs. 283 a 297 y 305 a 351.

MELICH ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs. 62 a 74, págs. 83 a 97, N° 85 a 96, pág. 109 a 116.

PALACIOS HERRERA, Oscar. Ob. Cit. Título XXVII, págs. 145 a 150.

MESSINEO, F. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Tomo I, Capítulo II, Nºs. 1 a 7, págs. 72 a 92.

TERRÉ F., Ob. Cit. Nºs. 89 a 96, págs. 82 a 87.

AGUILAR G., José Luis. Derecho Civil I - Personas - Universidad Católica Andrés Bello, págs. 158 a 166.

Jurisprudencia

Excepciones a la incapacidad negocial de los menores

11-11-69 – CSJ - Ramírez & Garay, Tomo XXIII, pág. 239.

Interdicción por condena penal

8-11-55 - 1° Instancia Civil, 1° Circunscripción – JTR, Vol. IV-Tomo I.

Interdicción Judicial

26-11-94 - 1° I Instancia Civi – JTR, Vol. VII, Pág. 128.

Capítulo 26
EL CONSENTIMIENTO

SUMARIO

I. NOCIONES GENERALES. 1. Concepto de consentimiento. Disposición legal. 2. Diversas acepciones del término consentimiento. A. Acepción restringida. Sus críticas. Enumeración. B. Acepción técnica. Supuestos o condiciones de la acepción técnica. Enumeración. 3. La declaración de voluntad en el consentimiento: La voluntad real y la voluntad declarada. Formas de la voluntad declarada.- II. DIVERGENCIAS ENTRE LA VOLUNTAD REAL Y LA DECLARADA. 1. Causas inconscientes. 2. Causas conscientes. 3. Sistemas doctrinarios. A. Sistema volitivo: a) Crítica al sistema volitivo. B. Sistema declarativo: a) Crítica al sistema declarativo.- III. CRITERIO DEL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO.- IV. EFECTOS DEL SILENCIO DE LAS PARTES. Criterios doctrinarios. Diversos ejemplos.

I. Nociones generales

1. Concepto de consentimiento

(937) De una manera general puede definirse el consentimiento (del latín *consensus)* como el acuerdo de voluntades para crear obligaciones, es una manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre, que expresa el acuerdo de una persona respecto de un acto externo ajeno.

El artículo 1141 del Código Civil establece: "Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1º Consentimiento de las partes...".

El consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato, cualquiera que fuere su tipo o naturaleza, sea éste real, solemne o consensual. En todo contrato es necesaria la existencia del consentimiento; si bien en los reales y los solemnes se necesita, además, la entrega de la cosa o el cumplimiento de las formalidades pautadas en la ley.

2. Diversas acepciones del término consentimiento

(938) En la doctrina se han distinguido dos acepciones del consentimiento: la acepción restringida y la acepción técnica.

A. Acepción restringida

(939) Según esta primera concepción, el consentimiento consiste en la declaración de voluntad de cada una de las partes respecto a las condiciones del contrato proyectado. Es un acto unilateral de cada parte que se adhiere a la manifestación de voluntad de la otra parte, sin que exista integración de las voluntades. La principal fuente de este criterio la encontramos en el Código Napoleón, que exigía como requisito esencial del contrato "el consentimiento de la parte que se obliga", y ha sido sostenida por la mayor parte de la doctrina francesa. Esta concepción restringida del consentimiento es utilizada por el legislador y plenamente admisible cuando se estudian las condiciones de validez del consentimiento (ausencia de error, dolo o violencia), pues los vicios del consentimiento se producen independientemente del consenso o integración de la voluntad.

Sin embargo, fuertes críticas se han expuesto contra la acepción restringida del consentimiento, a saber: *Primero:* se define el consentimiento como una manifestación única de voluntad, como un acto

unilateral de voluntad, cuando por su estructura es un acto bilateral de voluntades, requiere la concurrencia de dos voluntades que se integran. Una persona puede querer o desear alguna cosa por sí sola, mediante un acto unilateral de voluntad, pero no puede consentir por su sola voluntad, porque el consentimiento significa coincidir o acordarse con otra voluntad; por lo tanto, se requiere de dos voluntades. *Segundo:* la expresión del Código Napoleón al manifestar "el consentimiento de la parte que se obliga", da la impresión de que en un contrato no fuese necesario el consentimiento del acreedor, es decir, de la persona en cuyo favor la otra se obliga, lo que es falso, por cuanto siempre es necesario el consentimiento de todas las partes contratantes. El donatario debe aceptar la donación por documento auténtico (Art. 1439 CC).

B. Acepción técnica de consentimiento

(940) Parte de la idea de que el consentimiento está integrado, por lo menos, de dos voluntades que libremente emitidas y comunicadas entre las partes de un contrato, se integran, combinan o complementan recíprocamente. El consentimiento está integrado, no por una manifestación unilateral de voluntad, sino por un acto bilateral de voluntades que requiere de tres supuestos o condiciones, a saber:

1º Es necesario, por lo menos, la existencia de dos o más declaraciones de voluntad emanadas de las diversas partes de un contrato. Cuando se habla de partes nos estamos refiriendo a personas que tengan centros de intereses opuestos, pues no basta la declaración de voluntad de personas que tengan el mismo interés.

2º Cada una de estas declaraciones de voluntad necesita de la concurrencia de determinados requisitos para su validez. Para ello utilizamos la acepción restringida del consentimiento, la voluntad de cada una de las partes, pues si esta no existe no hay concurso de voluntades, no hay consentimiento en sentido técnico, si está viciada ello afectará la validez del consentimiento.

3º Cada declaración de voluntad debe además ser comunicada a la otra parte, de modo que ésta adquiera el debido conocimiento de ella y entienda cabalmente su contenido. La manifestación de voluntad debe ser comunicada en principio a una persona determinada, salvo los casos de oferta al público en general y la oferta pública de recompensa.

4º Las diversas declaraciones de voluntad deben combinarse recíprocamente. Esto no significa que dichas voluntades sean idénticas, sino que sean complementarias, de modo que se integren de manera que cada una de las partes obtenga la finalidad económica del contrato. En un contrato de venta, la voluntad del vendedor y la del comprador son diferentes: uno desea el precio y el otro adquirir una cosa; pero no hay duda alguna de que se combinan o complementan, es decir, logran el intercambio de una cosa por dinero.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1141, se refiere al consentimiento en la acepción técnica indicada: el "consentimiento de las partes".

3. La declaración de voluntad en el consentimiento

(941) Hemos manifestado que el consentimiento está constituido por diversas manifestaciones de voluntad que son comunicadas entre las partes que las emiten y se integran recíprocamente. Cada una de esas declaraciones de voluntad son adhesivas con las otras declaraciones de voluntad, es decir, manifiestan su acuerdo con las otras voluntades. Constituyen un verdadero asentimiento a la situación representada por las otras voluntades.

Ese asentimiento supone una declaración de voluntad o un acto volitivo libre, deliberado y consciente, de adherirse a la otra voluntad y sólo puede producir efectos jurídicos en tanto en cuanto es comunicado a la otra parte, de modo que ésta la conozca y resuelva en consecuencia. No basta con que exista una voluntad, sino también

es necesario que se comunique esa voluntad, de modo que se pueda tener conocimiento de la misma. Desde este punto de vista, pueden observarse dos tipos o categorías de voluntades: la llamada voluntad real, que consiste en lo realmente querido o deseado por el sujeto y la llamada voluntad declarada, o sea, la voluntad manifestada por el sujeto.

La voluntad real, también denominada voluntad interna, es aquel acto volitivo de naturaleza sicológica que está integrado por lo realmente querido o deseado por el sujeto. La fuerza obligatoria del contrato está en la autonomía de la voluntad y por ello la ausencia absoluta de voluntad interna impide que se forme el consentimiento, como ocurre en el caso de violencia absoluta. Siendo la voluntad un acto interno, de carácter sicológico, no puede producir efectos sino una vez que se haya exteriorizado mediante una declaración de voluntad.

Para que esa voluntad interna produzca efectos jurídicos debe ser declarada mediante signos exteriores y comunicada a la otra parte, es decir, a una persona determinada, salvo en la oferta al público en general y la oferta pública de recompensa (Art. 1139 CC). En virtud del principio de la buena fe y de la confianza que rige en materia contractual, el emitente de la declaración de voluntad debe expresarse en términos claros de manera que el destinatario de la declaración pueda conocerla en toda su integridad.

La manifestación de voluntad debe expresar una voluntad seria, una voluntad real de obligarse, por lo cual carecen de efecto las declaraciones con ánimo jocoso, o didáctico.

Manifestación expresa y tácita

(942) La voluntad declarada puede revestir dos formas: las llamadas manifestaciones expresas o directas de voluntad y las manifestaciones indirectas o tácitas de voluntad. Las manifestaciones expresas o directas pueden hacerse mediante el lenguaje escrito, hablado o mímico (signos externos, movimiento de asentimiento con la cabeza), o por medios técnicos (radio, teléfono, telegrama) y tecnológicos (uso de la tarjeta bancaria en un cajero automático). Las

manifestaciones tácitas de voluntad son aquellas que se deducen de modo indudable de una determinada conducta o comportamiento de un sujeto de derecho, cuando éste no ha efectuado manifestación expresa alguna. Por ejemplo: cuando una vez terminado un contrato de arrendamiento las partes continúan cumpliendo sus respectivas prestaciones, entonces se presume la voluntad de continuarlo (tácita reconducción del contrato de arrendamiento, contemplada en el artículo 1600 del Código Civil). En toda manifestación tácita de voluntad habrá que atenerse fundamentalmente a los usos y costumbres que le dan cierto significado a una conducta determinada, como por ejemplo entrar a un establecimiento de venta de comida, tomar un alimento, sentarse y consumirlo.

La manifestación tácita de voluntad indudablemente es inaceptable cuando se trata de un contrato solemne, el cumplimiento de la formalidad es un elemento esencial para la formación del contrato.

El silencio como manifestación de voluntad

(943) El silencio es de por sí equívoco. Al lado del adagio "el que calla otorga", hay otro que dice "quien calla ni afirma ni niega". Por consiguiente, el silencio por sí mismo nunca puede llegar a constituir una manifestación de voluntad, a menos que la ley expresamente le otorgue ese efecto; como por ejemplo el silencio del arrendador ante la actitud del arrendatario que sigue ocupando el inmueble, lo que equivale a consentir en la continuación del contrato (tácita reconducción). En materia procesal, a quien se le opone un documento privado y guarda silencio, tal actitud se entiende por reconocimiento.

Si una persona pretende que la falta de respuesta a su oferta constituye aceptación del destinatario, es evidente que el silencio de éste no implica su consentimiento, porque nadie por su propia y única voluntad puede crear una obligación a cargo de otro. Así se explica porqué no tiene ningún efecto vinculatorio la declaración unilateral que concede al destinatario un plazo para expresar su negativa, bajo el supuesto de que si no se la expresa, el consentimiento se entiende

como manifestado, por ejemplo: avisos remitiendo revistas o libros, donde se manifiesta que su no devolución equivale a la aceptación de una suscripción. En cambio, si la persona se niega a devolver los libros o revistas que haya recibido, podría entenderse que esta circunstancia unida al silencio inicial, puede constituir una manifestación de voluntad.

La jurisprudencia francesa ha considerado que, cuando existe una relación previa entre dos personas, generalmente entre comerciantes, el silencio guardado por el proveedor, después de haber recibido un pedido tiene valor de una aceptación; o cuando el proveedor ha insertado una cláusula en la factura en la cual remite la mercancía y el destinatario guarda silencio.

En conclusión: el silencio sólo puede obligar cuando la ley, el uso, las relaciones previas entre las partes o un hecho positivo del destinatario, pueden interpretarse como asentimiento.

Comunicación de la manifestación de voluntad

(944) La manifestación de voluntad generalmente implica su comunicación simultánea a la persona a quien va dirigida; pero no necesariamente. Al escribir una carta haciendo una oferta, manifestamos nuestra voluntad, pero mientras no la hayamos enviado a su destinatario, no la hemos comunicado a la otra parte, elemento esencial para que exista consentimiento. Cuando nos desprendemos de ella (la entregamos al correo) ya hay un elemento objetivo que prueba al menos nuestra intención de comunicarla.

II. Divergencias entre la voluntad real o interna y la voluntad declarada

(945) Cuando coincide la voluntad real con la voluntad declarada, no existe problema alguno por analizar, pues estamos en el supuesto normal, sin divergencia alguna que pueda confundir a las partes. Cuando divergen, se presentan diversas soluciones aportadas por la doctrina. Puede ocurrir que la voluntad declarada sea diferente a la voluntad

interna, que lo manifestado por una persona sea distinto a lo realmente querido por él mismo; por ejemplo: una persona quiere adquirir el inmueble A y al manifestar esa voluntad dice que quiere adquirir el inmueble B. Estas divergencias pueden provenir de diversas causas clasificadas por la doctrina así: causas inconscientes o causas conscientes.

1. Causas inconscientes

(946) Se denomina así a las causas que dan origen a una divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad real, y que consisten en situaciones no conocidas deliberadamente por el sujeto; por ejemplo: la equivocación involuntaria en que incurra la persona al manifestar su voluntad (como en el caso de error en la declaración); o cuando si bien el sujeto manifestó una determinada voluntad, la voluntad interna se formó de una manera incorrecta por motivos que la perturbaron. Por ejemplo: manifiesto mi voluntad de comprar el objeto A, porque creo es de oro, y en realidad, el objeto es de cobre. En estos casos, la voluntad interna se ha formado de modo incorrecto, bien por un error del sujeto de derecho, bien porque es víctima del dolo.

2. Causas conscientes

(947) Puede ocurrir que la divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada ocurra de una manera consciente y deliberada, porque la persona haya manifestado a sabiendas su voluntad de un modo distinto a lo realmente querido. Estas causas conscientes pueden ocurrir por dos motivos: A) Cuando el sujeto hubiese querido efectuar la voluntad declarada de un modo distinto a la interna, tal como sucede con las manifestaciones de voluntad *jocandi causae* (por causa de juego), es decir, en broma, o cuando efectúa un acto simulado. B) Cuando una persona, no obstante declarar su voluntad en un determinado sentido, no quiere ni la voluntad declarada ni mucho

menos la voluntad real que aquella aparenta. Así sucede con el consentimiento otorgado mediante violencia.

3. Sistemas doctrinarios

(948) El problema consiste en resolver o determinar, en caso de divergencia, a cuál de las dos voluntades, la real o la declarada, debe atribuírsele plena validez. La doctrina ha estructurado dos sistemas o criterios antagónicos: el llamado sistema volitivo y el sistema declarativo.

A. Sistema volitivo

(949) Fundado en el principio de la autonomía de la voluntad, acoge el predominio de la voluntad interna o real sobre la voluntad declarada. En consecuencia, en caso de divergencia, debe predominar la voluntad real, es decir, lo realmente querido por el sujeto, pues ello constituye su verdadera voluntad. En un sistema formalista como el Derecho romano, el problema no puede plantearse. Los redactores del Código Napoleón consideraron que la voluntad real de las personas era lo importante, y sus primeros comentaristas no llegaron a plantearse el problema de la divergencia entre la voluntad real y la aparente. Entre los partidarios de la doctrina volitiva tenemos a Savigny, Ihering y la mayor parte de los tratadistas franceses e italianos clásicos.

a) *Crítica al sistema volitivo*

(950) Al sistema volitivo se le han señalado varias críticas. Dentro de éstas pueden citarse: *Primera:* sacrifica la seguridad jurídica que debe rodear todo acto jurídico para tener sólo en cuenta el interés del emitente de la declaración. En efecto, si se le otorgase el predominio a la voluntad real sobre la declarada, serían muy frecuentes las demandas de nulidad de los contratos, alegando que su voluntad interna era distinta a la que efectivamente declaró. Esto crearía una gran inseguridad para la otra parte y para los terceros que generalmente no tienen más guía para conocer la voluntad de su co-contratante que lo declarado

por él. *Segunda:* dado que la voluntad interna es de naturaleza psíquica, no trasciende al campo jurídico sino después de declarada, darle primacía a aquélla sobre ésta, equivale a entronizar en el campo del Derecho criterios y valores metajurídicos muy variables y casi imposibles de conocer.

B. Sistema declarativo

(951) Es totalmente contrapuesto al sistema volitivo, pues acoge el predominio de la voluntad declarada sobre la voluntad interna. Se funda en la idea de que en el terreno jurídico lo único perceptible con abiertas posibilidades de certeza es la voluntad declarada; no habiendo lugar a dudas ni incertidumbres. Como consecuencia, se rodea a los actos de una gran estabilidad. El Código Civil alemán de 1900 acoge el sistema declarativo, que es seguido por algunos tratadistas.

a) *Crítica al sistema declarativo*

(952) Otorgarle la supremacía a la voluntad declarada sobre la voluntad real crearía un excesivo formalismo en la formación del consentimiento, lo que es extraño a los principios y estructuras del Derecho Moderno. Protege al destinatario de la declaración, en detrimento del emitente de la misma.

Además, de aceptarse plenamente el sistema declarativo, se harían nugatorias las instituciones jurídicas derivadas de la validez o existencia de la voluntad real, tales como la nulidad por error, dolo o violencia, la idea de la buena fe como instrumento de cumplimiento de las obligaciones.

CONCLUSIONES

a) En realidad, puede afirmarse que en los ordenamientos jurídicos no se acoge de un modo integral y rígido ninguno de los sistemas mencionados, sino que aplican uno u otro sistema según los supuestos de hecho por resolver.

Del análisis de la doctrina de la voluntad real y de la doctrina de la voluntad declarada podemos llegar a la conclusión que ninguna de ellas adopta criterios estrictos, pues siempre están matizados en función de ciertos principios jurídicos que no se pueden desconocer.

La voluntad real, siendo un hecho sicológico interno, no produce efectos sino en tanto se haya exteriorizada, mediante una declaración comunicada a la otra parte. Quien declara su voluntad debe hacerlo de una forma tal que los signos exteriores reflejen su voluntad interna, por lo cual debe presumirse que la voluntad que resulta de la declaración de una persona coincide con su voluntad real. Cuando una persona intencionalmente manifiesta una voluntad no querida por él, aun cuando no exista la voluntad real, sin que se haya ejercido ninguna coacción o violencia, si el destinatario de dicha declaración no pudo conocer la ausencia de voluntad, el contrato es válido. Necesariamente habrá que otorgarle plenos efectos a la voluntad declarada.

En cambio, si la divergencia es inconsciente, como el caso del error en la declaración o el error vicio, se tomará en cuenta la voluntad real para anular el contrato, siempre que se reúnan todos los requisitos de ese vicio del consentimiento.

Ahora bien, si el destinatario de la declaración no pudo conocer la divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada de la otra parte, tiene el derecho de exigir una indemnización por los perjuicios que le causa la anulación del contrato (Art.1149 CC). Esto es lo que se ha denominado la doctrina de la responsabilidad al obligar a la persona que se equivoca al emitir su declaración, a reparar el daño causado por su conducta.

A pesar que ambas teorías parten de puntos de vista totalmente opuestos, en muchos casos llegan a la misma conclusión, utilizando vías distintas. Así, en cuanto a la errónea calificación jurídica del contrato, la teoría de la declaración se atiene a una interpretación objetiva de la declaración de las partes; por ejemplo las partes han declarado celebrar un comodato, pero el comodatario se obliga a pagar un precio, por lo cual el contrato es de arrendamiento. En cambio, la doctrina de la

voluntad real se fijará más bien en la intención de las partes: lo que quisieron celebrar en verdad fue un contrato de arrendamiento.

En la doctrina de la declaración se acepta que hay que hacer una interpretación objetiva de la misma. La doctrina de la voluntad real pretende revelar la manifestación de voluntad para llegar así al acto sicológico interno; pero tiene que admitir que por razones de interés público como es la seguridad jurídica, debe sacrificar en ciertos supuestos la voluntad real.

El derecho venezolano no acoge ninguna de las dos teorías. En algunos supuestos parece acoger la teoría de la voluntad real, al darle cierta amplitud a los vicios del consentimiento, aun cuando matizada por la teoría de la declaración. El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone que: "En la interpretación de los contratos o actos que presentan oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe". Debemos observar que debe ocurrirse "al propósito y a la intención de las partes" lo que puede referirse a la voluntad real; y al añadir "teniendo en miras las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe" parece acoger la teoría de la declaración.

El artículo 1160 del Código Civil dice: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley"; al referirse a lo expresado en ellos se está escogiendo la teoría de la declaración, y ello resulta reforzado de la última frase "sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley".

BIBLIOGRAFÍA

MARTY, G. Teoría General de las Obligaciones. Ob. Cit. Tomo I, págs. 47 a 56.

MAZEAUD, Henri-Leon-Jean. Ob. Cit. Parte II, Vol. I, Nºs. 122 a- 123.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Ob. Cit. Tomo VI, Nº. 94 al 111, págs. 121 a 145.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Art. 1133 al Art. 1145, págs. 240 a 275.

MELICH ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs. 97 al 112, págs. 120 a 134. Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit Título XXX, págs. 162 a 167.

MESSINEO, F. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Tomo I, Capítulo II, Nºs. 8 y 9, págs. 92 a 105.

TERRÉ F., Ob. Cit. Nº. 87, págs. 80-81.

Jurisprudencia

1. ***Consentimiento - Concepto.***
   8-6-60; C de C, SMT; G.F. Nº 28, pág. 145. Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. 1133 al 1145, pág. 270.

   25-11-64. CSJ/SC; Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. 1133 a 1145, pág. 38.

2. ***Manifestación del consentimiento.***
   8-6-60. No es indispensable la firma de ambas partes. El consentimiento puede manifestarse de varias maneras: expresamente, a viva voz, mediante la firma al pie y aun tácito. CSJ - SCMT - G.F. Nº 28, pág. 245. Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. Arts. 1133 al 1145, pág. 270.

3. ***Consentimiento inexistente.***
   24-11-67. CSJ - SCMT - G.F. Nº 58, págs. 622 y 623. Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. Cit, pág. 272.

Capítulo 27
SECCIÓN PRIMERA
LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

SUMARIO

I. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. Concepto. La teoría de los vicios del consentimiento. Evolución en Roma y en el Derecho Moderno. Fundamento legal.

I. Los vicios del consentimiento

(953) No basta que en el contrato existan o se configuren los elementos esenciales a la existencia del mismo, consentimiento, objeto y causa; tampoco es suficiente que se configure uno de los elementos esenciales a la validez del contrato como es la capacidad, también es necesario que el consentimiento otorgado por las partes sea válido.

El consentimiento válido implica que las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes estén exentas de irregularidades, anormalidades o vicios que invaliden el consentimiento otorgado por ellas. El estudio de las causas, motivos o circunstancias capaces de anular el consentimiento otorgado por las partes contratantes ha sido objeto de largo y profundo estudio por la doctrina, que para ello ha estructurado la teoría sobre los vicios del consentimiento.

La teoría de los vicios del consentimiento tiene por objeto determinar en primer término cuáles circunstancias son aquellas suficientes para invalidar dicho consentimiento, y en segundo lugar, estudiar los efectos que dichas circunstancias producen sobre el contrato celebrado por las partes.

En los sistemas puramente formalistas, como el Derecho Romano, basta el cumplimiento de ciertas formalidades para que el contrato produzca sus efectos, independientemente de que el consentimiento esté viciado. En el Derecho Romano se consideró que el dolo y la violencia constituían delitos, y una de sus sanciones era la nulidad absoluta del contrato. No se trata de proteger a la víctima del dolo, o la violencia, sino la consecuencia de la violación del orden público. Posteriormente, se consideró que el error podía impedir el consentimiento y en consecuencia producir la nulidad absoluta del contrato. La doctrina moderna estructura de una manera sistemática el estudio de dichas causas y de sus correspondientes efectos. Ello es lógico, si se considera que el fundamento de la contratación moderna es eminentemente consensualista y por lo tanto, las causas que invalidan el consentimiento adquieren primordial y relevante importancia.

En la doctrina moderna las causas y circunstancias susceptibles de invalidar o anular el consentimiento reciben el nombre de vicios, terminología que ha sido adoptada de un modo casi unánime tanto por la legislación como por la jurisprudencia.

En general, los vicios del consentimiento son: el error, el dolo y la violencia. La teoría general de los vicios del consentimiento se dedica especialmente al estudio de estas tres nociones.

Nuestro Código Civil consagra la nulidad del contrato por vicios del consentimiento de una manera expresa en el artículo 1142: "El contrato puede ser anulado...., 2º por vicios del consentimiento....".

El artículo 1146 *ejusdem* complementa y desarrolla el contenido del artículo 1142 al señalar como causas expresas de nulidad del contrato efectuado por las partes el error, el dolo y la violencia. Textualmente dispone el referido artículo: "Aquel cuyo consentimiento haya sido

dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato".

Siguiendo el orden comúnmente aceptado por la doctrina, en la presente obra se estudiarán los vicios del consentimiento, comenzando por el error para analizar seguidamente el dolo y la violencia.

Capítulo 27
LA TEORÍA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO
Sección Segunda
EL ERROR

SUMARIO

I. CONCEPTO.- 1. Clasificación del error. 2. El error en el Derecho Romano. 3. Clasificación romana: A. Error i*n corpore*. B. Error *in sustantiam*. C. Error *in personam*. D. Error *in negotio*. 4. Clasificación de la doctrina: A. Error obstáculo: a) El error sobre la naturaleza del contrato. b) Error sobre la identidad del objeto. c) Error en la causa. d) Efectos del error obstáculo: B. Error vicio. Concepto. C. Error irrelevante. II. REQUISITOS DEL ERROR.- 1. Espontáneo. 2. Excusable 3. Esencial. A. Error de hecho sobre la sustancia. a) Criterio objetivo. b) Criterio subjetivo. c) El Código Civil de 1942. B. El error en la persona. C. El error de derecho. 4. Puede ser común o unilateral. 5. Reconocible por la otra parte. III. ERROR IRRELEVANTE.- 1. El error sobre motivos no determinantes de la voluntad. 2. El error sobre el valor de la cosa objeto del contrato. 3. El error sobre aspectos o atributos secundarios de la cosa. 4. El error de cálculo. 5. El error sobre la pertenencia de una cosa.- IV. EFECTOS DEL ERROR: 1. La nulidad relativa del contrato. 2. La posibilidad de subsanar el error. 3. La eventual responsabilidad civil. Sus requisitos.

I. CONCEPTO

1. El primero de los vicios del consentimiento contemplado en el Código Civil es el error

(954) De una manera general puede afirmarse que el error consiste en una falsa apreciación de la realidad; en creer falso lo verdadero o verdadero lo falso.

Son muchas las causas por las cuales una persona puede incurrir en error al contratar, especialmente respecto de los motivos que cada persona tiene para celebrar el contrato que de una manera u otra han influido sobre su asentimiento. Desde el punto de vista jurídico, no toda equivocación tiene consecuencias sobre la eficacia del contrato; es indispensable que reúna determinados requisitos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia tratan de precisar.

Es indudable que los partidarios de la teoría de la voluntad real o interna tiendan a darle mayor amplitud al concepto de error; pero ni siquiera los partidarios de esta doctrina admiten que cualquier error pueda afectar la eficacia del contrato. La seguridad jurídica impone que el error como vicio del consentimiento cumpla con los requisitos determinados por la ley. La teoría de la declaración, aplicada estrictamente, nos llevaría a la conclusión de admitir como vicio del consentimiento solamente los errores en la declaración; esta limitación acogida por el Código Civil Alemán, pero su doctrina admite, aunque en forma restringida, el error en la voluntad real.

La falsa representación de la realidad puede ser inducida por la otra parte, o por un tercero con su conocimiento, en cuyo caso estamos en presencia del dolo como vicio del consentimiento. Este reviste mayor gravedad, por existir una intención de engañar a una de las partes con el propósito de contratar. En cambio, el error como vicio del consentimiento es aquel en el cual se incurre espontáneamente

2. El error en el Derecho Romano

(955) En un sistema formalista como el Derecho Romano en el cual el contrato tiene fuerza obligatoria por el cumplimiento de ciertas solemnidades, no cabe el error como vicio del consentimiento. En su evolución el Derecho Romano aceptó que el error, en determinadas circunstancias, y aplicable solo a los contratos de buena fe, como la venta. Se le otorgaron determinadas acciones a quienes incurrían en error, y finalmente se reconoció que podrá dar lugar a la nulidad absoluta del contrato. Fue más bien por razones de equidad que en el Derecho Romano se desarrolló la teoría del error.

3. Clasificación romana

(956) Principalmente los romanos distinguieron cuatro tipos de error: el error *in corpore,* el error *in substantia,* el error *in personam* y el error *in negotio.*

A. Error in corpore

(957) El error *in corpore* es aquel que recae sobre la identidad del objeto, implica una falsa apreciación de la realidad sobre el objeto mismo del contrato o de la obligación. Por ejemplo: quiero comprar el fundo A y compro el fundo B. Quiero comprar la casa Nº 35 y compro la casa Nº 37.

B. El error in substantiam

(958) Era una variante del error *in corpore,* porque recae sobre las cualidades del objeto del contrato o de la obligación y no sobre la identidad del mismo. Por ejemplo: quiero comprar un objeto de oro y adquiero un objeto de cobre.

C. El error in personam

(959) El error *in personam* recae sobre la identidad de la persona con quien se contrata. Por ejemplo: Sempronio quiere contratar con Titio y contrata con Cornelio.

D. El error in negotio

(960) Es aquel que recaía sobre la naturaleza del acto jurídico que las partes querían celebrar. Por ejemplo: una persona quiere vender un inmueble y en realidad lo dona.

4. Clasificación de la Doctrina

(961) La doctrina clasifica el error desde el punto de vista de los efectos que pueda producir sobre el contrato, sin tomar en cuenta en forma relevante el objeto sobre el cual pueda recaer el error.

Desde el punto de vista explicado, se distinguen el error obstáculo, el error vicio y el error irrelevante, mejor conocido por error en los motivos.

A. El error obstáculo

(962) El error obstáculo, como su nombre lo indica, es aquella falsa apreciación de la realidad que es de tal naturaleza y gravedad que impide la formación del consentimiento. El error obstáculo, considerado desde este punto de vista, no constituye propiamente un vicio del consentimiento; es la consecuencia de una divergencia total entre la voluntad real o interna y la voluntad declarada.

Es por ello que parte de la doctrina sostiene que el error obstáculo no es propiamente un vicio del consentimiento sino una circunstancia que impide la formación del mismo. En realidad las partes no quieren lo mismo, hay una divergencia entre la voluntad real de una y otra parte que impide la integración de voluntades. No hay acuerdo de voluntades.

Se señalan como casos de error obstáculo los siguientes:

a) Error sobre la naturaleza del contrato. Equivalente al antiguo error *in negotio* romano, implica una divergencia absoluta en cuanto al significado, alcances, estructura y contenido del acto jurídico que se realiza. Una de las partes pretende vender, la otra entiende que adquiere gratuitamente y que el precio es solo aparente, para disimular que recibe la cosa por donación.

b) Error sobre la identidad del objeto del contrato. Generalmente equivale al error *in corpore* romano. Convenimos en la compra venta de la casa Nº 45 y una de las partes, o ambas, quieren contratar sobre la Nº 41.

c) Error en la causa. Es aquel que recae sobre los fines perseguidos por las partes al contratar, o sobre las razones jurídicas que las impulsan a la celebración del contrato. Por ejemplo: la donación que efectúa un heredero en cumplimiento de una carga impuesta en una herencia testamentaria, ignorando que el testamento había sido revocado; una transacción fundada en documentos que después se reconocen como falsos. La doctrina se inclina a equiparar el error en la causa con la causa falsa y esta con la ausencia de causa.

El error obstáculo se produce generalmente como consecuencia de un error en la declaración: quiero recibir gratuitamente, pero declaro que pagaré un precio, doy instrucciones a mi mandante para que compre la casa Nº 41 y éste compra la 45. Al haber divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada no puede formarse el consentimiento.

d) Efectos del error obstáculo

(963) Dada la circunstancia de que el error obstáculo impide la formación del contrato, la doctrina lo denomina también error obstativo o error en la declaración. Para algunos, el error obstáculo no es propiamente un vicio del consentimiento, porque no involucra que el declarante quiera algo distinto de lo que realmente hubiera deseado,

sino más bien es la expresión de una voluntad declarada manifiestamente distinta a la voluntad interna del sujeto.

La doctrina tradicional consideró que al no existir consentimiento el contrato es inexistente o está viciado de nulidad absoluta. Hoy en día se considera que se trata de una nulidad relativa pues se protege el interés de la persona que incurrió en error, y en ello no está interesado el orden público. Sin embargo, en ciertos casos la acción puede ser intentada por cualquiera de las partes, cuando ambos incurren en error en la declaración. La doctrina contemporánea tiende a equiparar el error en la declaración (error obstáculo) y el error vicio, pues en ambos casos la voluntad negocial, lo que ha querido realmente el declarante ha sido distorsionado, bien por no expresar la declaración su voluntad real, o porque ésta se ha formado en base a una equivocación.

B. El error vicio - Concepto

(964) El error vicio es el que lesiona o afecta el consentimiento de tal modo que causa una perturbación en el mismo, sobre una circunstancia de hecho o de derecho que las partes han considerado como motivo esencial o determinante para contratar. El error vicio, al contrario del error obstáculo, no impide el consentimiento, sino que lo deforma. Afecta al contrato de nulidad relativa, lo que implica que el contrato en principio es válido pero puede ser anulado a solicitud de la parte que incurrió en el error.

Algunos autores sostienen que no existe diferencia alguna por lo que respecta a los efectos entre el error vicio y el error obstáculo, porque en todo caso el error obstáculo no es capaz de producir la nulidad absoluta del contrato sino su nulidad relativa, al igual que el error vicio.

La doctrina señala como casos de error vicio, el error de derecho y el error de hecho y dentro de este último coloca los supuestos del

error en la sustancia y del error en la persona, (error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado).

C. Error irrelevante o error en los motivos

(965) El error irrelevante, también denominado error en los motivos, es aquel que no es capaz de producir la nulidad relativa del contrato. Es el error al que le falta la característica o la condición de ser esencial, y por lo tanto, no es susceptible de afectar la validez del contrato celebrado.

II. Requisitos del error

1º El error debe ser espontaneo.

2º Debe ser excusable.

3º Debe ser esencial.

4º Puede ser unilateral o común a ambas partes.

5º Debe ser recognoscible por la otra parte.

1. El error debe ser espontáneo

(966) Para distinguirlo del dolo, error provocado por la otra parte o por un tercero, con su conocimiento. (Art. 1154 CC)

2. La excusabilidad del error

(967) El artículo 1146 del Código Civil establece: "Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable". Este requisito fue introducido en el Código Civil de 1942, inspirándose en el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones. Su fundamento está en la obligación que tiene cada una de las partes contratantes de informarse acerca de los motivos que lo impulsan a contratar, acerca

de la identidad y cualidades de la persona del objeto del contrato, cuando estos elementos son determinantes de su voluntad.

La excusabilidad significa que la persona puede haber errado, sin haber incurrido en culpa grave o dolo; dicho en otros términos que de su parte no haya habido mala fe. Esta es la única manera de interpretar este requisito del error, pues de conformidad con el artículo 1149 CC la culpa no excluye acción de anulabilidad, cuando el error "proviene de su propia falta, en cuyo caso quien solicita la nulidad deberá pagar los daños y perjuicios que le ocasione la invalidez del contrato" a la otra parte.

La mejor sanción para quien ha incurrido en el error de mala fe es negarle la acción de anulabilidad, pues el mantenimiento del contrato es la mejor forma de evitarle daños y perjuicios a la otra parte.

3. El error debe ser esencial

(968) Este requisito del error debe ser estudiado a través de las normas contenidas en el Código Civil acerca del error de hecho, tanto cuando recae sobre las cualidades de la cosa o de la identidad de la persona, así como del error de derecho.

A. Error de hecho sobre la sustancia o cualidades de la cosa

(969) En el Código Civil de 1922, siguiendo al Código Napoleón, se dice: "el error de hecho no produce la nulidad sino cuando recae sobre la sustancia de la cosa que forma objeto del contrato".

a) *Criterio objetivo*

(970) En la doctrina francesa surgió una controversia sobre lo que debía entenderse por sustancia.

Un criterio objetivo, que predominó durante mucho tiempo, consideró que la sustancia era la materia de la cual estaba constituida la cosa (creo que una cosa es de oro, cuando es de bronce dorado) y se extendió también a las cualidades que toda persona buscaría en un

objeto, estas cualidades vendrían determinadas, de acuerdo con la teoría objetiva, por la opinión pública y no por la intención particular de las partes del contrato.

b) *Criterio subjetivo*

(971) Según este criterio la sustancia consistiría en aquellas circunstancias o cualidades que las partes han considerado como esenciales de acuerdo con sus motivaciones subjetivas o sicológicas. Es necesario preguntarse si la parte habría contratado de haber conocido el error. Este criterio nos lleva a considerar que cualquier motivo determinante de la voluntad de una de las partes pueda considerarse como un error esencial. Esta posición le da una amplitud exagerada al error en la sustancia y en definitiva la otra parte queda sujeta a las consecuencias de un error que ni siquiera se pudo imaginar.

c) *Código Civil de 1942*

(972) El Código Civil vigente, en su artículo 1148 dice:

> El error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales, o que deben ser consideradas como tales atención a la buena fe y a las circunstancias bajo las cuales ha sido concluido el contrato.

Esta norma ha sido copiada del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones.

Hay diferencias importantes entre lo dispuesto en el artículo mencionado y las corrientes que sigue la doctrina francesa, inspiradas en el Código Napoleón.

En primer lugar, hay que colocarse en la situación concreta en que se encontraban las partes para el momento de la celebración del contrato.

En segundo lugar, se deben tomar en consideración las cualidades de la cosa o las circunstancias que las partes han considerado como esenciales; se le da una preeminencia a la voluntad común de las

partes; no basta lo que una de las partes haya tenido como motivo determinante de su voluntad. Esto no significa que el error tenga que ser común; pero sí es indispensable que ambas partes hayan considerado como esencial las cualidades del objeto del contrato o sobre alguna circunstancia que resulta errónea.

En tercer lugar, ello debe resultar de la manifestación expresa o tácita de las partes. Esa voluntad común de las partes debe derivarse de signos exteriores precisos que permitan identificar la voluntad común de las partes; no se trata de un examen sicológico de los motivos que hayan podido tener.

En cuarto lugar, deben tomarse en cuenta las circunstancias bajo las cuales fue celebrado el contrato. La profesión de alguna de las partes, los hechos que han rodeado la celebración del contrato, deben tomarse en consideración. Así, el hecho de ser el vendedor un negociante en obras de arte y el precio corresponda a una obra original pueden ser suficientes para considerar que ambas partes consideraron esencial el hecho de tratarse de una obra original.

En quinto lugar, debe tomarse en consideración la buena fe de las partes contratantes. La buena fe impone a las partes una obligación de informarse acerca de las cualidades de la cosa que consideren esenciales; o por lo menos no incurrir en mala fe. La persona que ha comprado un cuadro en una galería de arte, creyendo que era de un pintor célebre a un bajo precio, pretendiendo así aprovecharse de la aparente ignorancia del vendedor, no podrá alegar su error para anular el contrato.

En conclusión, el error en la sustancia es esencial cuando recae sobre una cuestión que las partes expresa o tácitamente han considerado motivos determinantes de su voluntad de celebrar un contrato, o que así resulte de las circunstancias bajo las cuales ha sido celebrado el contrato o en atención a la buena fe.

B. El error en la persona

(973) El error en la persona es otra de las clases de error de hecho, está contemplado en el segundo párrafo del artículo 1148 del Código Civil: "Es también causa de anulabilidad el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esa cualidad han sido la causa única o principal del contrato".

Al establecer el legislador que el error es esencial cuando la identidad o las cualidades de la persona han sido la causa única o principal del contrato se está refiriendo a los motivos determinantes de la voluntad de las partes al contratar, que es en definitiva el mismo criterio seguido por el legislador en cuanto al error sobre la sustancia. Solamente en los casos en los cuales el contrato es *intuitu personae,* bien sea por su naturaleza o por haberlo determinado así las partes, el error sobre la identidad o cualidades de la persona es esencial.

Los contratos a título gratuito, se presume que son *intuitu personae* por ser esencial la identidad de la persona beneficiada (donación, comodato, mutuo, depósito, mandato no remunerados); en cambio en los contratos a título oneroso, el *intuitu personae* debe resultar de la naturaleza del contrato: servicios profesionales, seguro de personas, contratos de obras.

C. El error de derecho

(974) Es aquel que recae sobre la existencia, alcance o permanencia en vigor de una norma jurídica.

El artículo 1147 del Código Civil dice: "El error de derecho produce la nulidad del contrato solo cuando ha sido la causa única o principal". El carácter esencial en el error de derecho es cuando recae sobre una cuestión de derecho que haya sido la causa única o principal del contrato, es decir, sobre los motivos determinantes de la voluntad de las partes al celebrar el contrato. En este sentido se puede afirmar que

en el fondo el requisito de la esencialidad en el error de derecho es el mismo que en el error de hecho, sólo que recae sobre una cuestión jurídica.

Una persona, creyéndose único heredero de su hermano, expresando en el contrato que actúa como tal, conviene con el acreedor de éste en pagarle la deuda que tenía con su pretendido causante. El hermano y el acreedor ignoran, que estando vivo el padre de ambos hermanos, la herencia no le corresponde. La causa única del contrato ha sido que las partes han considerado que el hermano era el único heredero, ignorando la norma que a falta de descendientes y cónyuge, la herencia corresponde íntegramente a los ascendientes.

El error de derecho, consagrado como causa de nulidad de un contrato no constituye una excepción al principio general de que la ignorancia de la ley no excusa ni exime de su cumplimiento. En efecto, dicha presunción tiene por objeto que nadie pretenda desconocer los efectos de una norma jurídica, alegando su ignorancia. Cuando la ley permite alegar el error de derecho como causa de anulabilidad del contrato no se está persiguiendo la violación del orden jurídico, sino por el contrario su cumplimiento. Se trata de anular un contrato por una causa prevista en la ley.

No es admisible alegar el error de derecho para sustraerse de las consecuencias de una norma jurídica. Una persona no puede pretender haber incurrido en un error de derecho por desconocer ni las normas del orden público, ni las normas supletorias, porque en tales casos el error carece del requisito de ser esencial; no ha sido la causa única o principal para celebrar el contrato.

Existen situaciones en las cuales el legislador, por motivos de seguridad jurídica, no permite invocar el error de derecho para anular determinados actos; así tenemos: el artículo 1404 del Código Civil dispone "que la confesión no puede revocarse so pretexto de un error de derecho"; el artículo 1719 ejusdem dispone igualmente "que la transacción no es anulable por error de derecho, sino cuando sobre el punto de derecho no ha habido controversia entre las partes".

4. El error puede ser unilateral o común a ambas partes

(975) Parte de la doctrina francesa sostuvo que el error debía ser común a ambas partes, que afecta la común intención de las partes, con lo cual se excluye la reserva mental y por ende la arbitrariedad. Esta tesis ha sido criticada, porque una cosa es la común intención de las partes, y otra que ambas partes incurran en error. Hoy en día la mayor parte de la doctrina francesa se inclina por admitir el error unilateral, criterio que debe ser acogido entre nosotros, por cuanto el artículo 1149 CC admite la acción "si la otra parte no lo ha conocido o ha podido conocerlo".

5. La reconocibilidad del error

(976) Este requisito es exigido expresamente por el Código Civil italiano vigente. El artículo 1149 de nuestro Código Civil dice "La parte que invoca su error para solicitar la anulación de un contrato está obligada a reparar a la otra parte los perjuicios que le ocasione la invalidez de la convención, si el error proviene de su propia falta y la otra parte no lo ha conocido o no ha podido conocerlo". Del texto transcrito parecería que la reconocibilidad o no del error por la otra parte, solo tiene influencia en cuanto a la responsabilidad en que incurre la persona que invoca su error. Al tratar sobre la esencialidad del error hemos dicho que la voluntad común de las partes de tener una cualidad o circunstancia como determinante de su voluntad debe resultar de signos exteriores que permitan identificarla. En consecuencia, el carácter esencial del error impone necesariamente que pueda haber sido conocido por la otra parte; en caso contrario, es un error irrelevante.

III. El error irrelevante

(977) La doctrina califica como casos de error irrelevante los siguientes:

1. *El error sobre motivos no determinantes de la voluntad de las partes al contratar.* Por ejemplo: la persona que compra un negocio, porque supone que una futura avenida de gran circulación pasará frente al establecimiento adquirido y en realidad ocurre que la avenida pasa por un sitio distinto.

2. *El error sobre el valor de la* cosa *objeto del contrato.* Este error generalmente consiste en atribuirle a la cosa objeto de un contrato un precio distinto del que efectivamente tiene. La doctrina y la jurisprudencia francesa lo catalogan como incapaz de producir la nulidad del contrato por razones de seguridad jurídica: Equivaldría a considerar la lesión como un vicio del consentimiento. Sin embargo, el error sobre el valor, unido a otras circunstancias, puede ser un elemento de la esencialidad del error: compro un cuadro falso, pagando el precio que corresponde a uno legítimo, en una galería de arte que no comercia en cuadros falsos.

3. *El error sobre aspectos* o *atributos secundarios de la cosa.* Consiste en aquel error que recae sobre una circunstancia que no fue determinante del consentimiento otorgado por las partes, quienes después pretenden alegarlo para invalidar el contrato. Por ejemplo: la persona que compra una Biblia impresa el año 1600 porque era esa circunstancia la que el comprador realmente quería, y pretende posteriormente deshacer el contrato porque la Biblia está impresa en lengua italiana y no en lengua alemana.

4. *El error de cálculo,* considerado generalmente por la doctrina como un mero error material, a menos que la cuestión objeto del cálculo fuese determinante del consentimiento otorgado. El error de cálculo es susceptible de rectificación, cuando el destinatario de la declaración haya podido entender su verdadero significado.

5. *El error sobre la pertenencia de una cosa.* Muy discutido en la doctrina, porque se considera que la propiedad de la cosa no es una circunstancia determinante de la voluntad. La venta de la cosa ajena

no es anulable por el vendedor, ni por el comprador, salvo si este ignoraba tal circunstancia (Art. 1483 CC). Sin embargo, algunos autores lo admiten como error vicio en los casos en que el vendedor, por error, se ha creído propietario de la cosa vendida.

IV. Efectos del error

(978) El error como vicio del consentimiento produce dos efectos fundamentales: la anulabilidad del contrato y la eventual responsabilidad de quien incurre en el error.

1. La nulidad relativa del contrato

(979) El error, sea error vicio o error obstáculo, produce la nulidad relativa del contrato. Esto implica que el contrato celebrado por error de una de las partes contratantes puede ser declarado nulo sólo a petición de la parte que incurre en el error. Obsérvese que el contrato en principio es válido, produce sus efectos jurídicos normales, pero puede ser anulado a solicitud de la parte que incurrió en el error.

En todo caso, quien incurrió en error puede convalidar el contrato, después que ha descubierto el error (Art. 1351 CC).

2. La posibilidad de subsanar el error

(980) La nulidad por error no procede, si antes de deducirse la acción, o no obstante haber sido intentada, hasta el acto de la contestación de la demanda, la otra parte ofrece ejecutar su prestación subsanando el error sin perjuicios para el otro contratante (2º párrafo del art. 1149).

La declaratoria de nulidad por error no tiene justificación alguna cuando la parte contraria subsana el error. La persona que intenta la acción deja de tener interés legítimo en ella. La peculiaridad de la norma es que basta que el demandado ofrezca subsanar el error. La

doctrina considera que si el demandado no lo hace, el actor puede intentar nuevamente la acción.

3. Responsabilidad civil de quien alega el error

(981) La parte que incurre en error y solicita la nulidad del contrato está obligada a reparar a la otra parte los daños y perjuicios derivados de dicha nulidad, siempre que el error provenga de su propia culpa y la otra parte no lo haya conocido o no hubiere podido conocerlo. Se ha discutido en la doctrina si la acción por responsabilidad civil derivada de la nulidad de un contrato celebrado por error es de naturaleza contractual o extracontractual.

Algunos autores consideraron que se trataba de una responsabilidad extracontractual, ya que al haber declarado nulo el contrato como consecuencia de un vicio del consentimiento, el contrato no produce ningún efecto, por lo cual necesariamente habría que fundamentarse en el hecho ilícito. Otros autores consideraron que esta posición constituía un contrasentido, por cuanto el menor quedaría obligado como consecuencia de la declaratoria de nulidad de un contrato, del cual no se podía derivar ninguna responsabilidad para él, por carecer de capacidad negocial.

La doctrina contemporánea ha desechado esta crítica, por cuanto si el menor ha actuado con discernimiento incurre en un hecho ilícito, independientemente de que hubiera podido solicitar la nulidad del contrato por incapacidad negocial. Su responsabilidad en este caso no está fundamentada en el contrato declarado nulo, sino en el daño que ha causado por su culpa a la persona con quien contrató. Hoy en día predomina la tesis de la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad.

(982) La acción por responsabilidad civil necesita dos requisitos:

1º La parte que incurrió en error debe haber actuado con culpa leve o levísima, por cuanto si de su parte hubiera habido mala fe, culpa grave o dolo, carecería de la acción para intentar la anulabilidad

por error, ya que este sería inexcusable.

2º El Código exige que la otra parte no haya conocido el error o no hubiere podido conocerlo. Este requisito exigido por el Código parece superfluo, porque hemos visto que uno de los requisitos del error es que sea reconocible por la otra parte; en caso contrario, por no existir signos externos del vicio del consentimiento, no ha lugar a la acción por anulabilidad del contrato.

Capítulo 27
Sección Tercera
EL DOLO

SUMARIO

I. NOCIONES GENERALES. 1. Concepto del dolo.- II. FUNDAMENTO LEGAL.- III. ESTRUCTURA Y NATURALEZA DEL DOLO.- IV. CLASES DE DOLO: 1. Dolo bueno y dolo malo. 2. Dolo causante y dolo incidental.- V CONDICIONES DEL DOLO: 1º Conducta intencional. A. Reticencia dolosa. 2º El dolo debe ser causante. 3º El dolo debe emanar de una de las partes contratantes o de un tercero con el conocimiento de aquel.- VI. EFECTOS DEL DOLO: 1º La anulabilidad del contrato. 2º La responsabilidad civil. A. Acción de responsabilidad civil contractual. B. Acción de responsabilidad civil extracontractual. Diversas hipótesis.- VII. DIFERENCIAS ENTRE EL DOLO Y EL ERROR. Enumeración.

I. CONCEPTO DEL DOLO

(983) El segundo de los vicios del consentimiento es el dolo, definido por la doctrina como el error provocado por las maquinaciones o actuaciones intencionales de una de las partes o de un tercero a fin de lograr que la otra parte se decida a contratar.

Con acierto se señala al dolo como maquinaciones o actuaciones destinadas a producir un error en el otro contratante; es un error

provocado que se diferencia del error propiamente dicho, error espontáneo, que surge de la propia voluntad de la parte que en él incurre.

VON TUHR define el dolo como "la conducta que intencionalmente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad". Esta definición, además del mérito de señalar al dolo como determinante de un error, lo define como una conducta, lo que constituye un claro acierto y un paso de avance decisivo frente a quienes pretenden definirlo como maquinaciones o actuaciones intencionales, sin tener en cuenta que el dolo no sólo puede consistir en actuaciones positivas de una persona, sino también en actuaciones negativas, denominada reticencia, como guardar silencio, siempre que se cumplan determinados requisitos.

II. FUNDAMENTO LEGAL

(984) El artículo 1154 del Código Civil dispone: "El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado"

III. ESTRUCTURA Y NATURALEZA DEL DOLO

(985) La doctrina es acorde en exigir como elemento fundamental del dolo la intención de engañar *(animus decipiendi),* es decir, la intención de provocar un error en la otra parte contratante capaz de inducirla a contratar. La falta de la intención de engañar excluye el dolo, aun cuando la otra parte contratante hubiese incurrido en un error debido a la observación de la conducta de su co-contratante. En estos casos existiría un error que si reúne las condiciones que le son propias podrá producir la anulabilidad del contrato, pero no habrá dolo. Ello se deduce del artículo 1154 del Código Civil, que al referirse

al dolo supone maquinaciones de un contratante destinadas a obtener el consentimiento del otro contratante.

(986) El dolo no supone el *animus nocendi* (intención de dañar), ni tampoco la intención de procurarse para sí mismo o para un tercero un beneficio o provecho. Puede ocurrir incluso que el agente del dolo hubiese sido guiado por el objetivo de procurar a la víctima del dolo un beneficio o ventaja, induciéndola a celebrar un contrato particularmente ventajoso. En todo caso, el dolo produce la anulabilidad del contrato, porque en el derecho moderno la anulabilidad del contrato celebrado por dolo se funda en que éste no se considera solo como un acto ilícito, como ocurría en el Derecho Romano, sino además como un vicio del consentimiento atentatorio contra el principio de autonomía de la voluntad.

(987) En cuanto a la naturaleza del dolo, la doctrina le atribuye un doble carácter: 1º ser un vicio del consentimiento y 2º ser un hecho ilícito capaz de producir responsabilidad civil. Por lo que respecta al primero de los caracteres, el dolo es un vicio del consentimiento que al atentar contra el principio de autonomía de la voluntad produce como efecto la anulabilidad del contrato. Como hecho iícito da lugar a la responsabilidad civil del agente del dolo, éste quedará obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados. La responsa-bilidad civil es de naturaleza extracontractual –específicamente delictual– cuando la víctima del dolo lo alega como hecho ilícito susceptible de producir daños, conforme al artículo 1185 del Código Civil.

IV. Clases de dolo

(988) Tradicionalmente la doctrina clasifica el dolo según su naturaleza o según sus efectos. Según su naturaleza, se distingue el llamado dolo bueno *(dolus bonus)* del llamado dolo malo *(dolus malus)*. Según sus efectos, se distingue el denominado dolo causante del llamado dolo incidental.

1. Dolo bueno y dolo malo

A. Dolo bueno

(989) No existe en realidad una definición satisfactoria del dolo bueno. Se ha dicho que el dolo bueno está constituido por aquellos actos de astucia o de engaño tolerados en el comercio y destinados a inducir a una persona a contratar. El dolo bueno es aquel tolerado por la costumbre de una comunidad y del cual puede defenderse una persona por sus dotes de perspicacia común. Un ejemplo típico de dolo bueno estaría constituido por la propaganda, o las alabanzas normales y acostumbradas que un comerciante hace de su mercancía. El dolo bueno no es suficiente para anular el contrato.

B. Dolo malo

(990) El dolo malo sería aquel constituido por artificios y engaños capaces de impresionar a un hombre prudente; por ejemplo el vendedor entrega a su comprador un certificado falso acerca de la autoría de un cuadro. El dolo malo sería el que produce la anulabilidad del contrato.

La doctrina critica estas concepciones del dolo por considerarlas en extremo vagas e imprecisas, pues no permiten determinar ideas concretas de alcance sobre lo que debe entenderse como tal. La determinación de los conceptos expuestos depende de las ideas morales de una comunidad, lo que agrega una mayor imprecisión para la clasificación de los actos como dolosos.

Hoy en día la reglamentación sobre la protección al consumidor, impone obligaciones al proveedor de bienes y servicios de informar al consumidor sobre "la cantidad, peso, características, composición, calidad y precios" de los diferentes bienes y servicios que ofrece.[1] Por ello, la distinción entre dolo bueno y malo va perdiendo importancia y

---

1 Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, Arts. 6 y 46.

la doctrina tiende a desecharla. En todo caso, es una cuestión de hecho sujeta a la apreciación del Juez.

V. Requisitos del dolo

(991) De la naturaleza y estructura del dolo, la doctrina ha logrado sistematizar sus condiciones, a saber:

1º Una conducta intencional

(992) Esa conducta intencional puede consistir en actuaciones positivas del agente, como maquinaciones, fraudes u otra conducta que consista en un hacer por parte del autor del dolo; o en actuaciones negativas, como guardar silencio, respecto a un criterio erróneo expresado por el otro contratante.

A. Reticencia dolosa

(993) Cuando el dolo consiste en actuaciones negativas, tales como el desarrollo de una conducta de no hacer o en guardar silencio, recibe en doctrina el nombre de reticencia dolosa. Generalmente ocurre cuando una de las partes, a sabiendas de que la otra está incurriendo en un error o en falso criterio, no le hace ver su error. Sin embargo, no se considera como tal el silencio de una de las partes cuando no señala a la otra determinados hechos sobre los cuales ésta tenía las posibilidades de informarse por sí misma.

La doctrina ha señalado tres requisitos de carácter concurrente para que pueda existir la reticencia dolosa, a saber: a) Que el otro contratante no hubiese conocido ni tenido la posibilidad de conocer el error por otros medios sino sólo mediante la circunstancia silenciada; b) Que la parte reticente conociese el error de la otra parte y de todos modos guardase silencio; c) Que el error de la otra parte hubiese sido determinante de su consentimiento para contratar.

El legislador prevé expresamente la reticencia dolosa al regular determinados contratos. Así, en el contrato de seguros, el artículo 571 del Código de Comercio dispone:

> Las declaraciones falsas y las reticencias por error o de propósito deliberado por parte del asegurado que hagan creer la disminución del riesgo o cambiar su objeto, anulan el contrato, si son de tal naturaleza que el asegurador, si hubiere conocido el verdadero estado de la cosa, no habría contratado o no lo habría hecho en las mismas condiciones.

El carácter intencional de la conducta es fundamental del dolo; no basta con que la conducta fuese meramente culposa (imprudencia o negligencia). Si la conducta culposa produce error en la otra parte, puede proceder la demanda de nulidad por error siempre que se llenen los requisitos de este vicio.

2º El dolo debe ser causante

(994) El dolo debe ser determinante de la voluntad de contratar de la otra parte, de modo que de haber sido conocido el error, el otro contratante no hubiese celebrado el contrato. El articulo 1154 de nuestro Código Civil exige que las maquinaciones han sido tales que sin ellas el otro no hubiere contratado.

El dolo causante, también llamado dolo principal o esencial, es aquel que ha sido determinante del consentimiento del otro contratante. Son aquellas maquinaciones o actuaciones que con toda certeza han determinado la voluntad de contratar de la otra parte, porque de no haberse puesto en práctica, aquella parte no hubiese celebrado el contrato.

El dolo incidental es aquel que no es causa eficiente de la voluntad de contratar, pues recae sobre aspectos secundarios del contrato o sobre cláusulas accesorias o modalidades del mismo; de modo que aun no habiéndose puesto en práctica, en todo caso el otro contratante hubiese celebrado el contrato; aun cuando bajo otras condiciones; por ejemplo, pagando un menor precio.

La doctrina (Colin y Capitant) no ha dejado de criticar esta segunda clasificación, alegando que toda conducta intencional destinada a obtener el consentimiento de una de las partes contratantes debe ser sancionada siempre con la nulidad del contrato, independientemente de que ese consentimiento recaiga sobre lo esencial del contrato o sobre sus aspectos secundarios.

Admitir la distinción obligaría al Juez a una averiguación prácticamente imposible: indagar en el fuero interno de la víctima si la equivocación inducida por la otra parte recayó sobre un elemento que no fue determinante de su voluntad.

Por ello, la doctrina contemporánea tiende a rechazar el concepto de dolo incidental.

3º El dolo debe emanar de la otra parte contratante o de un tercero con su conocimiento

(995) El dolo debe emanar de una de las partes contratantes o también de un tercero con el conocimiento de dicha parte. Si el dolo emana sólo de un tercero sin el conocimiento del otro contratante, la víctima del dolo no podrá pedir la nulidad del contrato. Es otra de las condiciones contempladas por el artículo 1154 del Código Civil, que por lo que respecta a la intervención del tercero, se inspiró en la reforma de 1942, en el Proyecto Franco-Italiano de las Obligacio-nes. Si el dolo proviene de un tercero, sin conocimiento de la otra parte, la víctima solo tendrá un acción por hecho ilícito contra el ter-cero.

Si el dolo emana de ambas partes (cada una engaña a la otra), la doctrina opina que la acción no procede, en virtud del principio de la compensación de culpas (Giorgi, Messineo).

El dolo emanado del representante también produce la anulabilidad.

VI. EFECTOS DEL DOLO

Los efectos fundamentales son:

(996) *Primero: El dolo produce la anulabilidad del contrato,* es decir: la nulidad relativa del mismo. Ello quiere significar que el contrato viciado por dolo existe y produce sus efectos normales, pero puede ser anulado solo a exigencia de la víctima del dolo. El autor del dolo no puede en ningún caso pedir la nulidad, pues ésta sólo se consagra en protección de la parte que ha sido víctima del mismo.

La acción para pedir la nulidad dura cinco años a partir del día en que se descubre el dolo, conforme a lo previsto en el artículo 1346 del Código Civil.

(997) *Segundo: El dolo compromete la responsabilidad civil de su autor,* ya que no sólo constituye un vicio del consentimiento sino un hecho susceptible de obligar a su autor a la reparación de los daños y perjuicios causados, por constituir un hecho ilícito.

(998) La acción por hecho ilícito puede ser intentada por la víctima del dolo contra:

1º La parte que provocó el error.

2º El tercero que con conocimiento de la otra parte provocó el dolo, en cuyo caso estos responden solidariamente.

3º El tercero que provocó el error mediante sus maquinaciones sin conocimiento de la otra parte. En este caso, la víctima no puede intentar la acción por nulidad relativa del contrato; solo tiene la acción por daños y perjuicios.

VII. DIFERENCIAS ENTRE EL DOLO Y EL ERROR

(999) La doctrina señala algunas diferencias entre el error y el dolo que pueden sintetizarse así:

1º El dolo determina un error provocado en la parte que es víctima del mismo, un error que es el resultado de la conducta

desplegada por el agente del dolo. En cambio, el error es espontáneo, no es engendrado por la conducta del otro contratante, sino que obedece a factores internos (falsa apreciación de la realidad) del sujeto que incurre en error. Por ello, el dolo es un vicio que afecta más al consentimiento de la víctima y los requisitos para su procedencia son más amplios.

2º EI agente del dolo debe indemnizar a la víctima del mismo los daños y perjuicios que el dolo le cause la nulidad del contrato, que la víctima del dolo se ve obligada a pedir. En cambio, la persona que incurre en error es la que puede quedar obligada a indemnizar a la otra parte contratante los perjuicios que le cause la invalidez del contrato, todo dentro de los límites señalados en el artículo 1149 del Código Civil.

3º Dado que el error producido por el dolo es provocado por la conducta desplegada por el agente del dolo, la doctrina señala que es más fácil la demostración del dolo a través de la comprobación de esa conducta. En cambio, la demostración del error es más difícil, por cuanto, exige mayores requisitos, especialmente su carácter esencial.

Capítulo 27
Sección Cuarta
LA VIOLENCIA

SUMARIO

I. CONCEPTO. Nociones generales.- II. CLASIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA: la violencia física y la violencia moral.- III. CONDICIONES DE LA VIOLENCIA: 1º Debe ser determinante. A. La apreciación de la violencia por el juez. 2º Debe ser injusta.- IV. CARACTERES DEL AGENTE DE LA VIOLENCIA.- V. EFECTOS DE LA VIOLENCIA: 1º Anulabilidad del contrato. 2º Acción de responsabilidad civil contractual. 3º Acción de responsabilidad civil extracontractual (delictual).- VI. EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA VIOLENCIA. Criterios doctrinarios. Posición del legislador venezolano.- VII. DIFERENCIAS ENTRE LA VIOLENCIA Y EL DOLO.

I. Concepto

(1000) La violencia es el tercero de los vicios del consentimiento enunciados en el artículo 1146 del Código Civil: "Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o *arrancado por violencia* o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato".

Tradicionalmente se ha definido como violencia toda coacción de tipo físico o de tipo moral destinada a obtener el consentimiento de una persona a fin de que celebre un determinado contrato.

La violencia, como el dolo, constituye un hecho ilícito. La víctima tiene dos acciones: la nulidad del contrato y la acción por reparación del daño causado.

II. CLASIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA

(1001) Desde Roma se han distinguido dos grandes tipos de violencia: la llamada violencia física *(vis absoluta)* y la llamada violencia moral *(vis compulsiva)*.

(1002) La violencia física *(vis absoluta)* implica una coacción de tipo físico y corporal sobre la víctima a objeto de arrancarle el consentimiento para convenir en celebrar un contrato. En tal caso se dice que no existe asentimiento de la víctima sino una apariencia de tal, razón por la cual se ha llegado a pensar que en los casos de violencia física el consentimiento ni siquiera existe y según algunos autores, se está en presencia de una nulidad absoluta del contrato. Sin embargo, la doctrina no ha dado acogida a este criterio, pues solo otorga la acción de nulidad a la persona víctima de la violencia, por ser esta la que sufre sus consecuencias. La otra parte solo tendría interés en la nulidad, si el contrato producto de la violencia le resulta adverso.

La doctrina considera que en caso de violencia física es indispensable que haya una declaración de voluntad para que exista un vicio del consentimiento, pues en caso contrario ni siquiera habría existido un contrato. Cuando una cosa es arrebatada a su propietario, sin que este consienta en entregarla, habrá un hecho ilícito, puro y simple.

(1003) La violencia moral *(vis compulsiva)* consiste en una coacción de tipo moral ejercida sobre un sujeto de derecho con el fin de obtener su asentimiento para la celebración de un contrato. Esa

coacción de tipo moral puede consistir en la amenaza de causarle un daño a la parte o a sus bienes, o a la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes. También cabe la posibilidad de que la amenaza se dirija contra otras personas allegadas a la persona cuyo consentimiento quiera obtenerse, pero en tales circunstancias compete al juez la correspondiente apreciación (art. 1152 del Código Civil).

En los casos de violencia moral, si bien el consentimiento otorgado por la víctima no es libre, por cuanto ésta es coaccionada por la amenaza de daño, algunos autores observan en él cierto grado de voluntariedad. Por ello sostienen que la violencia constituye un verdadero vicio del consentimiento, pues éste existe, aunque afectado por la violencia. Tal es el fundamento de una pretendida diferencia entre la violencia física y la violencia moral, diferencia que no ha sido acogida enteramente por la doctrina.

III. Condiciones de la violencia

(1004) La doctrina señala las condiciones que debe reunir la violencia como vicio del consentimiento, algunas de las cuales son exigidas expresamente en nuestro Código Civil (artículos 1151 y 1152). Dichas condiciones son:

1º La violencia debe ser determinante

(1005) Se entiende por determinante aquella violencia de alguna gravedad que produzca una impresión tal sobre una persona sensata que llegue a inspirarle justo temor de exponer a su persona o a sus bienes a un mal notable. En estos casos debe tenerse en cuenta la edad, el sexo y la condición de las personas (art. 1151 del Código Civil).

En el Derecho Romano se exigía que la violencia hubiese sido de naturaleza tal que fuese capaz de impresionar al hombre más valiente, criterio de apreciación in abstracto.

En el Derecho Moderno no se exige una condición tan estricta, sino se requiere que sea capaz de impresionar o atemorizar fundadamente a una persona sensata y normal.

(1006) La cualidad de determinante que debe reunir la violencia exige tres requisitos concurrentes:

a) Debe causar justo temor en el sujeto de exponer sus bienes o su persona a un *mal notable*. El mal debe tener cierta entidad; y debe tomarse en consideración la condición, sexo y edad de la persona sobre la cual ejerce la violencia. Para algunos, el mal aun exiguo es suficiente para que haya violencia. Esta tesis no parece aceptable, porque en tal caso no habría un mal notable, como lo exige el Código.

b) Por lo que respecta al justo temor, el legislador expresamente separa el llamado temor reverencial, o sea, aquel originado en el respeto y consideración que una persona colocada en una situación inferior o subordinada respecto de otra (padres, patrono, gobernantes). El artículo 1153 del Código Civil no considera el solo temor reverencial como causa capaz de configurar violencia: "El solo temor reverencial, sin que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato".

c) Es necesario que el justo temor de experimentar un mal notable sea motivado por una amenaza capaz de impresionar a una *persona sensata.*

Las condiciones de sensatez, como las diversas situaciones de edad, sexo, y condición, corresponde apreciarlas al juez. Una amenaza capaz de aterrar a una persona inculta, como sería la de causarle determinado daño mediante prácticas de brujería, podría, en opinión de algunos, configurar violencia; en cambio, la misma amenaza sobre una persona culta (ejemplo, un profesional) jamás configuraría violencia alguna, pues una persona culta,no puede creer en tales artificios. Es evidente que las prácticas de brujería no impresionan a una persona sensata, lo que excluye la posibilidad de considerarla como violencia, aun en el caso del campesino inculto.

La apreciación del juez oscila entre dos polos: a) Un criterio de apreciación en concreto, cuando el legislador ordena que el juez atienda a la edad, sexo y condición de la persona víctima de la violencia (art. 1151). b) Un criterio de apreciación en abstracto, cuando el juzgador debe analizar si el acto constitutivo de violencia es capaz de impresionar y causar justo temor a una persona sensata (artículo 1151); En un principio parece contradictoria la redacción del artículo 1151; sin embargo, ambos criterios de apreciación establecidos por el legislador sí son compaginables, pues el juez, para determinar si el consentimiento otorgado por la víctima de la violencia fue prestado debido al justo temor provocado por la violencia, deberá analizar primero los caracteres psíquicos, edad y sexo del sujeto (apreciación en concreto) y una vez obtenida una conclusión, estudiará desde el punto de vista abstracto si la amenaza es suficiente para impresionar a una persona sensata. Por ello, la amenaza hecha a un campesino de causarle un daño mediante brujerías es capaz de inspirarle justo temor (apreciación en concreto), pero a pesar de ello, debe ser rechazada por no ser suficiente para afectar a una persona sensata (apreciación en abstracto). En cambio, amenazar a una anciana, de contextura débil, de golpearla, afecta no solo a una persona en tales condiciones, sino a cualquier persona sensata colocada en las mismas circunstancias. Si la persona objeto de la amenaza es excepcionalmente valiente, basta que ella fuera capaz de afectar a un hombre sensato para que la violencia sea determinante.

d) La violencia puede ser dirigida contra la persona o los bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes, o aun de otras personas allegadas (ejemplo, persona criada por la víctima de la violencia), con respecto a estas otras personas el juez, tomando en cuenta las circunstancias específicas de la relación de ellas con el contratante, deberá pronunciarse si son suficientes o no para haber afectado su consentimiento (art. 1152 CC).

2º La violencia debe ser injusta

(1007) Por violencia injusta se entiende aquella que viola el ordenamiento jurídico positivo o las buenas costumbres. En el caso de que la amenaza consista en efectuar una medida o conducta autorizada, contemplada o permitida por el ordenamiento jurídico positivo, como, por ejemplo, la que esgrime el acreedor de embargar el patrimonio de un deudor moroso, no puede configurar jamás violencia, a menos que haya abuso de derecho.

IV. CARACTERES DEL AGENTE DE LA VIOLENCIA

(1008) El agente de la violencia puede ser una de las partes contratantes, o bien un tercero que hubiese empleado la violencia con o sin el conocimiento de aquélla. Cuando la violencia proviene de un tercero es indiferente que se hubiese ejercido con o sin conocimiento de la otra parte contratante, pues en todo caso producirá su efecto ordinario, o sea, la anulabilidad del contrato. Así se desprende del artículo 1150 del Código Civil: "La violencia empleada contra el que ha contraído la obligación es causa de anulabilidad, aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquella en cuyo provecho se ha celebrado la convención".

V. EFECTOS DE LA VIOLENCIA

(1009) Los efectos de la violencia están regulados en nuestro Código Civil por el artículo 1150 y en la doctrina por la naturaleza de la violencia. Desde este punto de vista no debe olvidarse que la violencia tiene una doble naturaleza; de un lado configura un vicio del consentimiento capaz de producir la anulabilidad del contrato; del otro constituye un hecho ilícito capaz de comprometer la responsabilidad civil de su autor, conforme a lo previsto en el artículo 1185 del Código Civil. Como consecuencia de lo expuesto, podemos resumir sus efectos así:

1º Anulabilidad del contrato

(1010) La violencia produce la anulabilidad del contrato a petición de la víctima de ella. Esa nulidad es relativa y la acción prescribe a los cinco años contados a partir del momento en que la violencia cesa (artículo 1346 del Código Civil).

2º Acción de responsabilidad civil

(1011) La víctima de la violencia no sólo puede pedir la nulidad del contrato, sino también los daños y perjuicios derivados de la celebración del contrato nulo contra el autor de la violencia, sea la otra parte o un tercero. Es un efecto similar al producido por el dolo, y se trata de una acción por responsabilidad civil extracontractual.

VI. El estado de necesidad y la violencia

(1012) La doctrina se ha preocupado en resolver algunos casos que se han presentado por vía jurisprudencial sobre el estado de necesidad. Se trata de determinar si el contrato celebrado por una persona coaccionada por encontrarse ante un peligro grave e inminente que amenace su persona o sus bienes, puede ser impugnado por violencia. Se citan diversos casos prácticos en los que se plantea tal cuestión. Así tenemos: la persona que en un naufragio es víctima del propietario del barco que acude a rescatarlo a quien se obliga a pagarle una elevada suma por el salvamento; el cirujano que llamado de urgencia ante un enfermo grave se aprovecha para estipular crecidos honorarios.

En algunos países se ha tratado de resolver la cuestión planteada acudiendo a la noción de rescisión por causa de lesión. Así, en Italia, cuyo Código Civil admite la lesión como causa de rescisión del contrato. La solución no es procedente en Venezuela, por cuanto la rescisión por lesión sólo opera en los casos expresamente previstos en la ley

(art. 1350 CC) y los casos expuestos no están considerados como causales de lesión.

En Francia, la jurisprudencia puede calificarse de oscilante y hace algunas distinciones. Para impugnarse el contrato por violencia, la doctrina ha exigido que la violencia sea determinante, capaz de causar justo temor de sufrir un mal notable debido a amenazas o actos humanos que bien pueden ser de índole positiva (conducta activa del agente de la violencia) o de índole negativa (la amenaza del agente de no actuar cuando esa actuación es indispensable para impedir el daño). Siguiendo este criterio se ha desechado la impugnación por violencia en el caso del cirujano, porque se ha estimado que su intervención no era absolutamente indispensable para salvar la víctima, pues ésta hubiese podido acudir a otro médico; de modo que por tal circunstancia no podía considerarse que la víctima hubiese experimentado "*justo temor*".

En nuestro criterio, en Venezuela los casos señalados configuran el supuesto tipificado en el artículo 1º del Decreto sobre Represión de la Usura de fecha 9 de abril de 1946, que dispone:

> Cualquiera que intencionalmente se valga de la necesidad apremiante de otro para obtener para sí o para un tercero una prestación, cesión, garantía o algo análogo que implique una ventaja o beneficio que tomando en cuenta las circunstancias concomitantes resultara notoriamente desproporcionada a la contraprestación o entrega que por su parte verificare, será castigado con prisión hasta de dos años o con multa hasta de diez mil bolívares.

Esta norma podría considerarse como un caso de lesión subjetiva. La cuestión radica en que si bien el Decreto sobre Represión de la Usura califica y pena como delito la usura, nada dispone en materia civil acerca de la suerte a correr por el acto usurario. El legislador no consagra expresamente la nulidad del acto, ni su rescisión, quedando a la doctrina dilucidar tales cuestiones.

El supuesto tipificado en el artículo 1º del mencionado Decreto como acto usurario, constituye delito y al mismo tiempo viola normas

contrarias al orden público afectando la licitud del objeto, y en consecuencia, el contrato estaría viciado de nulidad.

En todo caso, la parte lesionada puede además intentar contra quien así la coaccionó a contratar, la acción por indemnización de daños y perjuicios contemplada en el artículo 1185 del Código Civil, por cuanto la usura configura, como delito que es, un hecho ilícito civil.

VII. DIFERENCIAS ENTRE LA VIOLENCIA Y EL DOLO

La doctrina las enumera así:

(1013) 1º Mientras que el dolo es considerado un auténtico vicio del consentimiento, en la doctrina se discute acerca de la naturaleza de la violencia, pues algunos autores consideran que la violencia no vicia al consentimiento sino que lo destruye e impide. El consentimiento otorgado por dolo está viciado por el error provocado por las maquinaciones o conducta del agente del dolo, mientras que en los casos de consentimiento arrancado por violencia no existe propiamente consentimiento, sino un acto aparente, como la firma suscrita en un documento mediante la amenaza con un arma.

(1014) 2º Para que el dolo proveniente de un tercero produzca la anulabilidad del contrato, es necesario que se hubiese efectuado con el conocimiento de la otra parte contratante. La violencia emanada de un tercero produce la anulabilidad del contrato, aun cuando la otra parte contratante no tenga conocimiento de que ella se haya producido.

BIBLIOGRAFÍA

COLIN, A. y Capitant, H. *Ob. Cit.* Tomo III, Nrºs. 457-460, págs. 621 a 640.

DE PAGE, H. *Ob. Cit.* Tomo I, Nºs. 34 a 64.

GIORGI, Jorge. *Ob. Cit.* Tomo IV, Nºs. 25 a 108.

JOSSERAND, Louis. *Ob. Cit.* Tomo II, Vol. I, Nºs. 55 a 100, págs. 47 a 74.

MARTY, G. Teoría General de las Obligaciones. *Ob. Cit.* Tomo I, págs. 108 a 128.

MAZEAUD, Henri-Leon-Jean. *Ob. Cit.* Parte II, Vol. 1, Nºs. 157 a 208.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Ob. Cit.* Tomo VI, Nºs. 172 a 209, págs. 234 a 281.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. Antecedentes. *Ob. Cit.* Vol. Art. 1146 al Art. 1158, págs. 17 a 222.

MELICH ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. *Ob. Cit.* Nºs. 134 a 172, págs. 161 a 210.

PALACIOS HERRERA, Oscar. *Ob. Cit.* Títulos XXXIII a XXXV, págs. 178 a 197.

MESSINEO, F. Derecho Civil y Comercial. *Ob. Cit.* Tomo II, Capítulo 42, Nºs. 2 a 11, págs. 433 a 445.

TERRÉ F., *Ob. Cit.* Nºs. 196 a 247, págs. 165 a 202.

LÓPEZ HERRERA, Francisco. La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela. Empresa El Cojo, 1952.

LUPINI, Luciano. La Responsabilidad Precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal.* Caracas, Nº 149.

Jurisprudencia

1. Error

En materia de error, las obligaciones implícitas per se, no pueden infectar de nulidad el contrato.

28-9-79; DFJS5; R&G Vol. LXVI Nº 321, pág. 107.

2. Error de derecho

31-10-79; DFMSC3; R&G, Tomo XLI, pág. 159.

31-10-75; DFMSC3. JRG. Tomo XLI, pág. 159. Código Civil de Venezuela. - Vol. Arts. 1146 al 1158, págs. 62 y 63.

3. Error de hecho

29-7-59. ZUSCTI; Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. 1146 al 1158, págs. 89/90.

22-11-71; DFMSC1; Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. 1146 al 1157, págs. 91/92.

13-12-73; DFMSC1; R&G. Tomo II, págs. 83 y 84.

31-10-79; DFMSC3; R&G. Tomo XLI, págs. 159 y 160.

4. Error en la sustancia

29-7-59. ZVSCT1; JTR. Vol. VI - Tomo 2, pág. 998. Código Civil de Venezuela. *Ob. Cit.* Vol. Cit, págs. 89 y 90.

Es cualidad esencial de venta de un automóvil el año de su fabricación.

22-11-71;DFMSCI; JRG Tomo XXXII, pág. 114 y 115. Código Civil de Venezuela. *Ob. Cit.* Vol. Cit, págs. 90 - 92.

Debe entenderse que si no hubo expresa advertencia de lo que le faltaba a la segunda caldera, la actora creyó haber adquirido una segunda caldera igual a la primera...

13-12-73; DFMSC1; JRG Tomo XII, págs. 88 y 84. Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. Cit, págs. 92 y 93.

5. Error sobre la persona del representante

30-10-73; DFCS3; R&G Vol. XLI Nº 533, pág. 158.

6. Violencia.

La detención de una persona por presunta comisión de un delito... no es violencia determinante del vicio del consentimiento.

Ha de revestir tal gravedad que una persona sensata se sienta atemorizada de sufrir un mal notable.

13-11-59; SCUIC1; JTR Vol. VII, Tomo II, págs. 307 a 311. Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. Cit, pág. 131.

13-11-59; SCUIC1; JTR. Vol. II Tomo II, pág. 307. Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Vol. 1146 al 1157, pág. 1150.

7. Dolo

Es toda actitud contraria a las leyes de la honradez dirigida a provocar engaño en los demás.

16-12-54; 1IC1; JTR Vol. IV, Tomo I, pág. 341.

20-1-60; DFCS1; R&G Vol. X Nº 4, pág. 15

9-12-81; DFJS5; R&G Vol. LXXV Nº 660.

1994; CSJ-SCMT; R&G Vol. CXXXII Nº 11-131.

Capítulo 28
LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

SUMARIO

I. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO.- II. LAS CONVERSACIONES PRELIMINARES.- III. LA OFERTA. 1. La oferta es una manifestación de voluntad. 2. Requisitos de la oferta: A. La oferta debe ser seria. B. Debe contener los elementos necesarios para la existencia del contrato. C. Debe ser dirigida a personas o personas determinadas. 3. Oferta con plazo. 4. Fundamento de la obligatoriedad de la oferta. A. La teoría del hecho ilícito. B. La teoría del antecontrato. C. La declaración unilateral de voluntad.- IV. PRECONTRATO, INVITACIÓN A OFRECER Y OFERTA AL PÚBLICO. 1. No debe confundirse la oferta con la promesa de contratar aceptada. 2. No debe confundirse con la invitación a ofrecer. 3. La oferta al público. 4. La oferta pública de recompensa.- V. LA ACEPTACIÓN. 1. Requisitos de la aceptación. A. Debe ser libre. B. Debe ser pura y simple. C. La aceptación debe ser comunicada al oferente. 2. Revocación de la aceptación. 3. Aceptación tácita.- VI. EFECTOS DE LA MUERTE O INCAPACIDAD DEL OFERENTE Y DEL ACEPTANTE.- VII. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ENTRE AUSENTES. 1. Interés de la cuestión. A. La fecha a partir de la cual corren los lapsos de prescripción. B. El precio de venta o de otras prestaciones. C. La traslación de los riesgos al adquirente en los contratos traslativos de propiedad sobre un cuerpo cierto. D. Hasta cuando se pudo revocar la oferta. 2. Las fases o momentos en que puede perfeccionarse el contrato entre ausentes. A. El de la manifestación de la aceptación del destinatario de la oferta. B. La expedición o emisión. C. La

recepción. D. El conocimiento o información por parte del oferente. 3. Sistemas doctrinarios. A. Teoría de la coexistencia de voluntades. B. Teoría de la concurrencia de las voluntades.- VIII. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ENTRE AUSENTES EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO.

I. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

(1015) El proceso de formación del contrato no es otra cosa que la formación del consentimiento en sentido técnico, la integración de la voluntad de las partes contratantes.

Este proceso generalmente se produce de manera instantánea. Puede inclusive coincidir con la ejecución de las obligaciones de ambas partes: Tomo una caja de cigarrillos y pago su precio. El acuerdo de voluntades sobre el objeto de la venta y el precio se producen en un solo momento, que coincide con la ejecución de las prestaciones respectivas.

En otros casos una de las partes acepta las estipulaciones del contrato redactado por la otra parte, firmando el documento respectivo, como sucede en el suministro de servicios públicos, respecto de los cuales no hay ninguna discusión previa por no admitirse la modificación del contrato preredactado; pero en este caso podemos distinguir la oferta contenida en el contrato preredactado y la aceptación mediante la firma del mismo por la otra parte.

Este proceso de formación del contrato puede ser más complejo, porque las partes discuten previamente sus respectivas obligaciones y a través de la negociación llegan finalmente a un acuerdo de voluntades. En otras ocasiones bien por estar cada una de las partes en un lugar distinto, o por la complejidad de las prestaciones de las partes, es necesario un intercambio de correspondencia antes de llegar al acuerdo de voluntades.

Este proceso de formación del contrato nos obliga a estudiar cada uno de los actos que integran este proceso.

II. Las conversaciones preliminares

(1016) En muchas ocasiones las partes tratan diversos aspectos sobre el contenido y alcance de las prestaciones y modalidades del contrato que pretenden celebrar, llegando a acuerdos sobre algunos de estos aspectos, pero sin que llegue a existir el consentimiento sobre la totalidad de las cláusulas que ellas consideran esenciales.

Durante estas negociaciones las partes están obligadas a observar una conducta conforme a las reglas de la buena fe y una ruptura intempestiva de las negociaciones puede dar lugar a una responsabilidad extracontractual por culpa in contrahendo por los daños y perjuicios causados a la otra parte, como por ejemplo los gastos en que hubiere incurrido en la negociación del contrato, la pérdida de la oportunidad de celebrar el contrato con otra persona.

Buena parte de la doctrina exige que la ruptura se deba a dolo o culpa grave, y que no basta la culpa leve, aunque el fundamento de la misma esté en una responsabilidad extracontractual.

El consentimiento se producirá cuando estas negociaciones culminen en un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, cuestión de hecho que deberá determinar el Juez. En general, se considera que cuando hay acuerdo sobre las cláusulas esenciales existe consentimiento, aun cuando todavía subsista alguna divergencia en cuanto a una cláusula accesoria, a menos que esta haya sido considerada esencial por alguna de las partes.

Una vez celebrado el contrato las charlas preliminares pueden constituir un elemento para la interpretación del contrato.

III. La oferta

1. La oferta es una manifestación de voluntad

(1017) Hecha por una persona (oferente, solicitante, proponente) a un sujeto determinado (destinatario u oblado), o al público, con la

finalidad de celebrar un contrato y que debe contener los elementos para su existencia. El destinatario está en libertad de aceptarla o no.

2. Requisitos de la oferta

(1018) **A.** La oferta debe ser seria. Cuando se hace con ánimo jocoso o didáctico no produce efectos. Si se hace con reservas, o con la posibilidad de modificarla, no es jurídicamente una oferta verdadera.

B. Debe contener los elementos necesarios para la existencia del contrato, (vendo tal artículo por un millón de bolívares), de manera que baste la simple aceptación del destinatario para que se forme el contrato. En cambio, si digo vendo tal objeto por precio conveniente, no es posible la formación del contrato; en realidad no hay una oferta.

C. Debe ser dirigida a persona o personas determinadas, puede ser dirigida al público en general, pero si se trata de un contrato intuitu personae, es más bien una invitación a contratar.

D. Debe ser comunicada a la otra parte, por ser un negocio jurídico unilateral recepticio.

3. Oferta con plazo

(1019) La oferta puede ser formulada con un plazo expreso para su aceptación, o con un plazo tácito, según la naturaleza del contrato respectivo. En principio, toda oferta tiene un plazo implícito, por lo menos el necesario para que el destinatario conteste.

La oferta con plazo expreso o implícito obliga al oferente a mantenerla durante ese plazo; no puede ser revocada una vez que ha llegado al conocimiento del destinatario; pero el oferente puede revocarla utilizando un medio más rápido de manera que la revocatoria llegue a conocimiento del destinatario antes de conocer la oferta. Envío un telegrama revocando la oferta que he enviado por carta.

La oferta sin plazo, expreso o tácito, puede ser revocada antes de que la aceptación llegue a conocimiento del oferente (Art. 1137, aparte 3º).

La revocación de la oferta con plazo expreso o tácito antes de la expiración del plazo no es obstáculo para la formación del contrato (Art. 1137, aparte 4º).

Una vez expirado el plazo, expreso o tácito, sin haber sido aceptada, no es necesario revocar la oferta, porque ésta caduca. La aceptación debe ser recibida por el autor de la oferta en el plazo fijado por esta o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio (Art. 1137, aparte 1º).

Alguna doctrina extranjera considera que la revocatoria de la oferta con plazo antes de la expiración del mismo es posible, solo que tal revocatoria dará lugar al pago de daños y perjuicios. Esta solución no es admisible en nuestro derecho por expresa disposición legal: "la revocación antes de la expiración del plazo no es obstáculo para la formación del contrato".

Entre nosotros debe considerarse la oferta con plazo como un negocio jurídico unilateral recepticio, porque basta la declaración unilateral del oferente comunicada a su destinatario para que la oferta se sustantivice y obligue al oferente.

4. Fundamento de la obligatoriedad de la oferta

(1020) La doctrina ha estructurado diversas teorías:

A. La teoría del hecho ilícito

(1021) Se considera como un hecho ilícito la revocatoria intempestiva que haga arbitrariamente el oferente de una oferta con plazo expreso o tácito, quien por consiguiente está obligado a pagar los daños y perjuicios que ocasione al destinatario con fundamento en el artículo 1185 del Código Civil. Esta tesis se compagina con quienes

consideran que la revocatoria es posible y ella da lugar a daños y perjuicios. Entre nosotros la revocatoria no impide la formación del contrato, por lo cual la teoría del hecho ilícito no es aceptable. También se le critica que el incapaz quedaría obligado, siempre que hubiera actuado con discernimiento, por la oferta de celebrar un contrato, cuya nulidad relativa podría solicitar.

B. La teoría del antecontrato

(1022) Atribuida a Demolombe explica que en toda oferta a plazo se presume que hay dos ofertas: a) Una oferta expresa para celebrar el contrato; b) Una oferta implícita sobre un contrato unilateral por el cual el oferente se obliga a mantener la primera oferta. Este contrato estaría implícitamente aceptado por el destinatario de la oferta, porque para él no significa ninguna contraprestación, ni ningún riesgo. Esta teoría ha sido desechada por su artificiosidad.

C. La declaración unilateral de voluntad

(1023) Esta teoría se fundamenta en que la oferta se sustantiviza y quien la formula se obliga a mantenerla durante el plazo sin necesidad de ninguna intervención del destinatario. Esta teoría tiene su fundamento en las disposiciones del Código Civil vigente que, al igual que el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, le da expresamente valor a la oferta.

IV. PRECONTRATO, INVITACIÓN A OFRECER Y OFERTA AL PÚBLICO

(1024) 1. *No debe confundirse la oferta con la promesa de contratar aceptada*, en la cual ambas partes han convenido en celebrar un futuro contrato. En este caso el origen de la obligación es contractual.

(1025) 2. *Tampoco debe confundirse la oferta con la invitación a ofrecer*. Esta puede consistir en una oferta imperfecta (vendo tal objeto

a precio ventajoso).

En este caso la aceptación no es suficiente para formar el contrato. Es necesario que el destinatario precise las estipulaciones contractuales; que haga una verdadera oferta al proponente.

3. La oferta al público

(1026) La oferta al público o a persona indeterminada es aquella que contiene todos los elementos necesarios para la celebración del contrato, en cuyo caso es posible que cualquier persona interesada acepte dicha oferta, quedando así perfeccionado el contrato. Es la propaganda, mediante avisos en medios publicitarios, o la exhibición de artículos, en ambos casos señalando el precio de venta y su objeto.

Debe señalarse que si se trata de una oferta sobre un objeto determinado, la primera aceptación perfecciona el contrato y la oferta no continúa produciendo ningún efecto, por lo cual una segunda o ulterior aceptación no tiene consecuencias.

En las ofertas al público hay un límite implícito en la oferta (la mercancía en existencia, los puestos en el cine) y si la oferta se refiere a un contrato *intuitu personae* (oferta de trabajo) la aceptación por una persona no será suficiente para formar el contrato, pues se entiende que el proponente se reserva el derecho de verificar si se reúnen o no las condiciones personales requeridas.

En el caso de los servicios públicos monopolizados, en los cuales el oferente tiene la obligación de contratar con quienes requieren el servicio, debe entenderse que hay una oferta irrevocable.

4. La oferta pública de recompensa

(1027) El artículo 1139 del Código Civil dispone:

> Quien promete públicamente remunerar una prestación o un hecho, no puede revocar la promesa después que la prestación

> o el hecho se han cumplido. La revocación hecha con anterioridad debe fundarse en una justa causa y hacerse pública en la misma forma que la promesa o en una forma equivalente.

La oferta pública de recompensa también está dirigida a personas indeterminadas; pero su aceptación no produce ningún efecto, no es suficiente para formar el "contrato", que se produce en el momento en que la prestación (por ejemplo, al entregar el objeto perdido por el cual se ha ofrecido la recompensa) o el hecho (ejecutar una proeza) ha sido cumplida.

Mientras no se haya cumplido la prestación o el hecho, es posible la revocatoria, pero sujeta a una justa causa y siempre que se haga pública en la misma forma que la promesa, o en una forma equivalente. El autor de la revocatoria está obligado a reembolsar los gastos hechos por aquellos que de buena fe y antes de la publicación de la revocación han comenzado a ejecutar la prestación o el hecho, pero sin que la suma total a reembolsar pueda diferir del monto de la remuneración prometida. La acción o reembolso de los gastos prescribe a los seis meses de la publicación de la revocación (Art. 1139 CC).

La doctrina contemporánea considera que la oferta pública de recompensa no da lugar a un contrato, sino que es un negocio jurídico unilateral.

V. LA ACEPTACIÓN

(1028) Es la manifestación de voluntad del destinatario otorgando su conformidad a la oferta.

1. Requisitos de la aceptación

(1029) Para que la aceptación produzca el perfeccionamiento del contrato debe reunir determinadas condiciones:

A. Debe ser libre

El destinatario debe tener plena libertad para aceptar o negar la oferta. La falta de contestación no lo obliga a nada, ni siquiera a reembolsar los gastos en que haya incurrido el proponente; excepto en el caso de interrupción intempestiva de las negociaciones, que puede dar lugar a una responsabilidad por hecho ilícito.

B. Debe ser pura y simple

Lo que implica que debe ajustarse en un todo al contenido de la oferta. Si el destinatario modifica la oferta, la modificación debe considerarse como una nueva oferta (aparte 6º del Art. 1137 CC: "Una aceptación que modifica la oferta, tendrá únicamente el valor de una nueva oferta").

C. La aceptación debe ser comunicada al oferente

Para que el contrato se perfeccione, en los casos de oferta sin plazo, la aceptación debe ser comunicada al oferente de inmediato, o dentro del lapso prudencial, si se trata de personas que estén presentes en el mismo lugar.

En los casos de oferta con plazo, la aceptación debe ser comunicada dentro del plazo, de manera que el oferente la conozca, o por lo menos se presuma que la conoce dentro del plazo expreso o implícito de la oferta para que se pueda formar el contrato.

2. Revocación de la aceptación

(1030) El destinatario puede revocar la aceptación antes de que llegue al conocimiento del oferente, comunicándosela por una vía más rápida (aparte 3º del Art. 1137 CC: "La aceptación puede ser

revocada entre tanto aquella no haya llegado a conocimiento del autor de la oferta"). Hasta ese momento el contrato no se ha perfeccionado.

La aceptación tardía, o sea después de vencido el plazo expreso o tácito, puede ser considerada como válida por el autor de la oferta, en cuyo caso se perfecciona el contrato y, el autor de la oferta debe comunicar inmediatamente a la otra parte su aceptación (aparte 2º del Art. 1137 CC). La falta de aviso, según la doctrina predominante, no impide la formación del contrato y solo puede dar a una eventual responsabilidad del oferente.

El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte (Art. 1137 CC).

3. Aceptación tácita

(1031) La aceptación, como toda manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. La aceptación tácita es una manifestación indirecta de la voluntad. El artículo 1138 del Código Civil dispone:

> Si a solicitud de quien hace la oferta, o en razón de la naturaleza del negocio, la ejecución del aceptante debe preceder a la respuesta, el contrato se forma en el momento y en el lugar en que la ejecución se ha comenzado. El comienzo de la ejecución debe ser comunicado inmediatamente a la otra parte.

En este caso, el comienzo de ejecución constituye una aceptación tácita de la oferta.

Esta situación se presenta especialmente en el comercio. Si pido una mercancía cuyo precio está establecido, espero que se me envíe de inmediato, sin necesidad de una previa aceptación.

VI. EFECTOS DE LA MUERTE O INCAPACIDAD DEL OFERENTE Y DEL ACEPTANTE

(1032) El Código Civil venezolano no trae ninguna disposición sobre el particular. Si consideramos que la oferta y la aceptación son

negocios jurídicos unilaterales recepticios, una vez comunicados a la otra parte producen plenos efectos. La muerte o incapacidad del oferente, no la priva de eficacia y el destinatario podrá aceptar la oferta, en cuyo caso el contrato producirá efectos con respecto a los herederos del oferente, excepto si se trata de un contrato intuitu personae. Esta es la solución del Código Civil italiano de 1942. Colin y Capitant llegan a la misma solución, salvo en el caso de la incapacidad, por considerar que esta se requiere para el momento de la celebración del contrato. Esta distinción no parece bien fundamentada.

Si el aceptante muere antes de recibir la oferta, o se incapacita, ésta deja de tener efecto.

VII. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ENTRE AUSENTES

(1033) **1.** Generalmente *el contrato se forma entre personas que están frente a frente*, no puede haber duda acerca del lugar y momento del perfeccionamiento del contrato.

La doctrina ha denominado contrato entre ausentes o personas lejanas al que se celebra entre personas que no se encuentran en el mismo lugar y que se comunican entre sí por correspondencia (carta, telegrama, telex o fax) en cuyo caso es preciso determinar el momento en que se perfeccionó el contrato y el lugar, si se encuentran en jurisdicciones distintas, problema que también surge en el contrato celebrado por teléfono.

El momento de la celebración del contrato tiene importancia respecto de las siguientes cuestiones:

A. *La fecha a partir de la cual corren los lapsos de prescripción*, de caducidad y el término. La exigibilidad de las prestaciones que las partes deben cumplir.

B. *El precio de la venta, o de otras prestaciones*, cuando las partes o la ley señalen que deben determinarse por el que rija en la plaza y día en que se perfeccione el contrato.

C. *La traslación de los riesgos al adquirente en los contratos traslativos de propiedad* sobre un cuerpo cierto.

D. *Hasta cuando se pudo revocar la oferta.*

La determinación del lugar tiene influencia desde el punto de vista de la jurisdicción territorial competente y si se trata de lugares sujetos a distintas legislaciones, el derecho aplicable al contrato.

(1034) 2. *Las fases o momentos en que puede perfeccionarse el contrato entre ausentes.* Teóricamente hay cuatro momentos en los cuales se puede perfeccionar el contrato:

A. E*l de la manifestación de la aceptación del destinatario de la oferta,* sin haberla comunicado al oferente: cuando la carta ha sido escrita.

B. *La expedición o emisión,* cuando el destinatario remite al oferente el documento que contiene la aceptación para que pueda conocerla. Es el momento en que el aceptante entrega la carta al correo, o al mensajero.

C. *La recepción,* cuando llega el documento que contiene la aceptación a la dirección del oferente; cuando el correo entrega a carta en la dirección del oferente.

D. *El conocimiento o información por parte del oferente,* cuando éste lee la carta que contiene la aceptación.

Para la jurisprudencia francesa el momento de perfeccionamiento del contrato es una cuestión de hecho, opinión compartida por muchos autores franceses.

(1035) 3. *Sistemas doctrinarios.* La doctrina ha estructurado dos teorías: la coexistencia de voluntades y la concurrencia de voluntades.

A. Teoría de la coexistencia de voluntades

(1036) Según esta teoría el contrato se perfecciona tan pronto como existen ambas voluntades: la del oferente y la del aceptante.

Desde el mismo momento en que el aceptante manifiesta su voluntad, hay asentimiento de ambas partes y por tanto consentimiento en sentido técnico. Según esta teoría ninguna influencia tiene que el oferente conozca la aceptación, porque basta que ambas voluntades coincidan.

La teoría de la coexistencia podría acoger la fase de la manifestación de voluntad del aceptante; pero este sistema no ha sido aceptado porque es difícil determinar ese momento; el aceptante puede variarlo, cambiando la fecha de la manifestación.

Esta crítica ha determinado que la doctrina dentro del sistema de coexistencia de voluntades, acoja la fase de expedición o de emisión, por la cual se considera perfeccionado el contrato, cuando el destinatario remite su aceptación al oferente. Al desprenderse el aceptante del documento que contiene su aceptación, hay una evidencia de querer comunicarla al oferente. Esta fase presenta la ventaja de estar constituida por signos externos que pueden ser probados por el aceptante y pueden determinarse con mayor certeza; por ejemplo, la fecha en que fue entregada la carta al correo.

No existiendo ninguna regla expresa en el Código Civil francés, la jurisprudencia francesa ha acogido la teoría de la coexistencia de voluntades, bien sea en la fase de la aceptación o de la expedición.

B. Teoría de la concurrencia de las voluntades

(1037) Parte del principio de que para que exista consentimiento es necesario que ambas partes tengan conocimiento de sus recíprocas voluntades; no es suficiente que las voluntades de las partes coexistan sino que es necesario que concurran, que exista el mutuo conocimiento de dichas voluntades, lo que supone que el oferente deba conocer la

voluntad de aceptación del destinatario. Es entonces cuando las voluntades se integran y es cuando puede decirse que existe el contrato.

Este sistema supone que el contrato se perfecciona en el momento del conocimiento o la información efectiva de la aceptación por parte del oferente, lo que tiene un inconveniente práctico por la dificultad de probar cuándo el oferente conoció efectivamente la aceptación. Por ello, la teoría de la concurrencia de las voluntades acoge más bien la fase de la recepción.

A esta teoría se le critica que retarda el momento del perfeccionamiento del contrato y que traslada los riesgos del perfeccionamiento al aceptante, cuando los debería correr el oferente, quien tomó la iniciativa de celebrar el contrato.

Esta teoría ha sido acogida por el Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil venezolano, entre otros.

VIII. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ENTRE AUSENTES EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

(1038) Nuestro Código Civil, influido por el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, adopta una solución que debemos colocar dentro del sistema de la concurrencia de voluntades. Así se deduce claramente del enunciado del párrafo 1º del artículo 1137: "El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta *tiene conocimiento* de la aceptación de la otra parte". Ahora bien, ese conocimiento se presume que existe en el instante en que la aceptación llega a la dirección del oferente (destinatario de la aceptación en este caso). Así lo dispone el párrafo 6º del mismo artículo citado:

> La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Como puede apreciarse, nuestro Código Civil acoge el sistema de la concurrencia de voluntades en la fase o etapa del conocimiento, pero presume ese conocimiento al momento de la recepción. De esta manera se evita la incertidumbre acerca del momento en que el oferente efectivamente conoció la aceptación.

La presunción establecida en el párrafo 6º del artículo 1137 del Código Civil es de carácter relativo o *juris tantum*. Esta presunción tiene su fundamento en que el buen padre de familia se entera inmediatamente del contenido de la correspondencia recibida. No es una presunción juris et de jure: Al destinatario de la aceptación se le permite desvirtuar la presunción de conocimiento demostrando que sin su culpa estuvo en la imposibilidad de conocerla (causa extraña no imputable, enfermedad, ausencia justificada y otras que corresponde al juez calificar).

(1039) Como excepción al principio contemplado en los párrafos 1º y 6º del artículo 1137, no se acoge el sistema de concurrencia de voluntades en los casos de oferta con ejecución previa, contemplados en el artículo 1138:

> Si a solicitud de quien hace la oferta, o en razón de la naturaleza del negocio, la ejecución por el aceptante debe preceder a la respuesta, *el contrato se forma en el momento y en el lugar en que la ejecución se ha comenzado.* El comienzo de ejecución debe ser comunicado inmediatamente a la otra parte.

En estos casos, cuando el legislador dispone que el contrato se forma en el momento y lugar en que la ejecución comienza, está acogiendo el sistema de la coexistencia de voluntades (pues la ejecución se entiende como una expresión tácita de voluntad) en la fase de la manifestación de voluntad, manifestación expresada por la propia ejecución.

Nada dice nuestro Código Civil en el caso de que el ejecutante no cumpla la obligación de comunicar el comienzo de ejecución, como lo ordena el artículo 1138. Podría pensarse que la falta de notificación pudiera impedir la formación del contrato. La mayoría de la doctrina

piensa que la solución debe ser similar a la dispuesta en el Código Civil italiano, en el sentido de que el ejecutor deberá reparar los daños causados por omitir tal aviso.

(1040) Tampoco acoge nuestro Código Civil el sistema de concurrencia de voluntades en la oferta pública de recompensa, la cual se perfecciona cuando las voluntades coexisten, o sea, cuando el destinatario indeterminado a quien es dirigida, realiza el hecho cuya remuneración se ofreció. Ello se desprende claramente del artículo 1139 del Código Civil, el cual dispone en su primer párrafo: "Quien promete públicamente remunerar una prestación o un hecho, no *puede revocar la promesa después que la prestación o el hecho se han cumplido*".

Al prohibir la revocación después de haberse cumplido la prestación o el hecho objeto de la oferta pública, nuestro legislador se acoge al sistema de coexistencia de voluntades, en la fase de la manifestación.

BIBLIOGRAFÍA

COLIN, Ambrosio y CAPITANT H. *Ob. Cit.* Tomo III, págs. 610 a 621.

DE PAGE, H. *Ob. Cit.* Tomo II, Nºs. 495 a 547.

MARTY, G. *Teoría General de las Obligaciones*. Ob. Cit. Tomo I, págs. 56 a 65.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Ob. Cit.* Tomo VI, Nºs. 126 a 143; 155 a 161.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. *Antecedentes*. Ob. Cit. Vol. Art. 1133 al Art. 1145, págs. 93 a 210.

MELICH ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato*. Ob. Cit. Nºs. 111 a 133, págs. 134 a 158.

PALACIOS HERRERA, Oscar. *Ob. Cit* Títulos XXXI y XXXII, págs. 168 a 177.

MESSINEO, F. *Doctrina General del Contrato*. Ob. Cit. Tomo I, Capítulo V, Nº 1 al Nº 17, págs. 308 a 338.

TERRÉ F, Ob. Cit. Nºs. 175 a 181, págs. 142 a 148; Nºs. 157 a 136, págs. 131 a 136.

DE SOLA, René. "El tiempo y el espacio en la conclusión de los contratos". En: *Studia Jurídica* - Facultad de Derecho. U.C.V. 1957, págs. 59 a 72.

LUPINI, Luciano. *Ob. Cit.*

Jurisprudencia

1. Fuerza obligatoria de la oferta

No puede impugnarse la oferta por no haberse establecido un plazo.

9-12-71. DFMSC2; JRG. Tomo XXII, págs. 280-282. Código Civil de Venezuela - Antecedentes. Arts. 1133 al 1145, págs. 172 y 173.

2. Aceptación

La aceptación de una propuesta que emana de hechos que signifiquen ejecución de la obligación.

5-5-64. ZVSCT1; JTR. Vol. XII, págs. 14 y sigtes. Código Civil de Venezuela. Ob. Cit, pág. 173.

Capítulo 29
EL OBJETO

SUMARIO

I. CONCEPTO. Objeto del contrato y objeto de la obligación.- II. CLASIFICACIÓN DEL OBJETO: 1º Prestaciones de dar, hacer y no hacer. 2º Prestaciones positivas y negativas. 3º Prestaciones de medio y de resultado. 4º Prestaciones que transmiten un derecho y prestaciones que consisten en la realización de una conducta.- III. REQUISITOS DEL OBJETO: 1. Cuando el objeto consiste en la transmisión de un derecho. 2. Cuando consiste en la realización de una actividad o conducta. 3. Los requisitos del objeto: A. El objeto debe ser posible. B. El objeto debe representar un interés para el acreedor. C. El objeto debe ser determinado o determinable. D. El objeto debe ser licito.- IV. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO. 1. Enumeraciones doctrinarias.

V. LAS BUENAS COSTUMBRES.- VI. ESTIPULACIONES NULAS POR OBJETO ILÍCITO. 1. Estipulaciones de intereses usurarios. 2. Efectos del acto usurario: A. La nulidad del contrato usurario. B. La ilicitud del acto. 3. Prohibición de pactos sobre sucesión futura: A. Clases de pactos sobre sucesión futura. a) Pactos de institución. b) Pactos de renuncia. c) Pactos de disposición. B. Fundamento de la prohibición de pactos sobre sucesión futura.

I. CONCEPTO

El Objeto

(1041) Es uno de los elementos o requisitos necesarios para la existencia del contrato, contemplado en el ordinal 2º del artículo 1141 del Código Civil, que dispone: "Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: ... 2º Objeto que pueda ser materia de contrato".

Nuestro Código Civil, al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos, coloca al objeto como elemento del contrato, solución que no ha dejado de ser criticada abiertamente por la doctrina. Para la mayoría de los autores, el objeto no es propiamente un elemento del contrato, sino un elemento de la obligación. Los requisitos señalados por los artículos 1155 y 1156 del Código Civil son plenamente aplicables al objeto de la obligación y no al objeto del contrato; se refieren a la prestación, que es el contenido de la obligación y en nada se refieren al objeto del contrato, que como sabemos, es un negocio jurídico que crea obligaciones y cuyo objeto en todo caso estaría constituido por las obligaciones que engendra.

Estudiar el objeto del contrato no sería más que estudiar el objeto de la obligación, y referirse a la noción de objeto del contrato sería poco técnico e impreciso. Esta es la opinión de la mayoría de los autores, incluido MESSINEO, quien refiriéndose a los artículos del Código Civil italiano equivalentes a los mencionados del Código Civil venezolano, manifiesta que, efectivamente, el objeto es un elemento de la obligación que está formado por la prestación, sin que pueda pensarse que la prestación forma parte del contenido del contrato, porque tal prestación no requiere como presupuesto el contrato, ya que puede provenir de una manifestación unilateral de voluntad, de la ley, o de cualquiera de las otras fuentes de obligaciones (pago de lo indebido, enriquecimiento sin causa, abuso de derecho, hecho ilícito y gestión de negocios).

Para los Mazeaud, sí existe base para diferenciar el objeto del contrato del objeto de la obligación. El objeto del contrato es la operación jurídica que se quiere realizar y esa operación jurídica está sometida a condiciones especiales distintas a las condiciones que deben reunir las prestaciones ofrecidas, que son el objeto de la obligación. Puede ocurrir que las prestaciones prometidas, objeto de la obligación, reúnan todas sus condiciones y sin embargo la operación jurídica que se persigue, objeto del contrato, esté prohibida en virtud de una norma imperativa del orden público.

En este caso, el objeto de la obligación es válido en sí mismo, pero el objeto del contrato es nulo, afectando al contrato de nulidad. Se está en presencia de una consecuencia que demuestra la diferencia patente entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación, que serían dos conceptos esencialmente distintos.

Esta concepción del objeto del contrato, como operación jurídica que se persigue, se identifica con la noción de causa, concebida como función económico-social del contrato; objeto y causa son dos elementos distintos del contrato, por lo cual no pueden confundirse con un mismo concepto.

La mayoría de la doctrina considera que el objeto del contrato es el objeto de las obligaciones nacidas del contrato, opinión que acogemos por ser la predominante.

II. Clasificación del objeto

(1042) Siendo el objeto el contenido de la obligación, no existe duda alguna que por el objeto de una obligación debe entenderse la prestación y por ésta, la actividad o conducta que el deudor se compromete a realizar en obsequio o beneficio de su acreedor. Es fundamentalmente desde este punto de vista que el objeto coincide en su clasificación con las diversas clasificaciones de las prestaciones estructuradas por la doctrina. Tales clasificaciones son principalmente cuatro, a saber:

1º Prestaciones de dar, hacer y no hacer.

2º Prestaciones positivas y negativas.

3º Prestaciones de medio y de resultado.

4º Prestaciones que tienen por objeto la transmisión de un derecho al acreedor y prestaciones que consisten en la realización por el deudor de una actividad o conducta que puede consistir en un hecho positivo o negativo del deudor.

5º Las prestaciones que tienen por objeto la transmisión de un derecho al acreedor, se subdividen en tres grandes categorías:

A. Prestaciones que consisten en la transmisión de un derecho real (ejemplo, cuando el deudor se compromete a transmitir al acreedor la propiedad sobre una cosa).

B. Cuando el deudor se compromete a transmitirle al acreedor un derecho personal (ejemplo, un derecho de crédito).

C. Cuando el deudor se compromete a transmitirle al acreedor un derecho mixto (por ejemplo, una patente de invención).

III. REQUISITOS DEL OBJETO

(1043) Para que el objeto sea válido debe reunir un conjunto de requisitos de naturaleza concurrente. El estudio de dichos elementos ha sido efectuado por la doctrina siguiendo dos sistemas en cierto modo contrapuestos, a saber:

(1044) **1º** Partiendo de la diferenciación de las prestaciones en aquellas que consisten en la transmisión de un derecho y las que consisten en la realización de una actividad o conducta, se distinguen los requisitos que debe reunir el objeto de la prestación, en el primer caso, y los que debe reunir la actividad o conducta, en el segundo caso.

A. *Cuando el objeto consiste en la transmisión de un derecho*, se exige como requisitos de la cosa objeto de la prestación, lo siguiente:

a) La cosa debe existir.

b) La cosa debe estar en el comercio.

c) La cosa debe ser determinada o determinable.

d) La cosa debe pertenecer a quien la transmite.

B. *Cuando el objeto consiste en la realización de una actividad o conducta* por parte del deudor, es decir, en la realización de un hecho positivo o negativo, se exige como condiciones o requisitos de ese hecho, lo siguiente:

a) El hecho debe ser posible.

b) El hecho debe ser personal a quien lo promete.

c) Debe tener interés para el acreedor.

d) Debe ser lícito.

C. *El estudio de los requisitos del objeto se efectúa sin hacer diferenciaciones con motivo del contenido del objeto*, sino partiendo de los caracteres del objeto desde su naturaleza intrínseca. Desde este punto de vista, los caracteres del objeto son básicamente idénticos, aplicándose en forma abstracta y constante a todos los posibles objetos de una obligación. En este caso, el objeto debe reunir los requisitos siguientes: a) debe ser posible; b) debe ser determinado o determinable; c) debe revestir un interés para el acreedor; d) debe ser lícito.

En nuestro estudio, nosotros seguiremos la segunda posición de estudiar los requisitos del objeto como elementos generales y abstractos inherentes al objeto de la obligación, considerando como tal a un concepto unívoco no desmembrable. Creemos que tal concepción es más correcta que la primera, pues los requisitos enumerados son aplicables a todo objeto de la obligación, independientemente de que se trate de la transmisión de un derecho o de la realización de una actividad o conducta.

Nuestro Código Civil dispone al respecto en su artículo 1155: "El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable".

2. Requisitos que debe llenar el objeto

(1045) Entendiendo como objeto del contrato el objeto de las obligaciones nacidas del contrato, sus requisitos se confunden con los de la prestación.

A. El objeto del contrato debe ser posible

(1046) En caso contrario el deudor jamás podrá cumplir con la prestación. La imposibilidad puede nacer de la realidad (imposibilidad natural o material) o del ordenamiento jurídico.

a) La imposibilidad natural se refiere a un hecho que en la realidad no puede suceder; por ejemplo, resucitar a una persona fallecida. También existe imposibilidad material cuando la cosa objeto del derecho que se transmite jamás ha existido o ya pereció. En este sentido se afirma que "la cosa debe existir" para el momento de la celebración del contrato. Si no existió nunca o si ha perecido para el momento de la celebración del contrato hay un obstáculo material que impide la formación del contrato; por ejemplo, si vendo una casa situada sobre determinada parcela, en la cual nunca ha existido una construcción, o si vendo un automóvil que para el momento de la celebración del contrato ha perecido.

b) Existe imposibilidad jurídica cuando, tratándose de obligaciones de transferir un derecho sobre una cosa, ésta no es susceptible de apropiación. Hay un impedimento creado por la ley. Se dice entonces que "la cosa está fuera del comercio"; por ejemplo los bienes del dominio público. No es posible vender una calle pública. Algunos consideran que la imposibilidad jurídica es un caso de obligación ilícita.

c) La imposibilidad debe ser absoluta, objetiva; es necesario que ninguna persona pueda cumplir con la prestación, y no relativa al deudor. Si para este es imposible cumplir, por no tener la capacidad material para ello, no se considera que hay imposibilidad. Por ejemplo, el pequeño productor que se compromete a producir y entregar mil

pupitres diarios, cuando la capacidad de su taller solo le permite producir diez. La mera dificultad para cumplir con la prestación tampoco implica imposibilidad absoluta.

d) La imposibilidad debe ser originaria y no sobrevenida. En efecto, la imposibilidad tiene que ser anterior o coetánea a la celebración del contrato; si es sobrevenida impide el cumplimiento de la obligación por parte del deudor y este quedará obligado al pago de los daños y perjuicios, a menos que la imposibilidad se deba a una causa extraña no imputable.

e) La cosa futura puede ser objeto del contrato

El artículo 1156 del Código Civil dice: "Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo disposición especial en contrario".

La cosa futura no tiene en su naturaleza nada que le impida ser objeto de un contrato; de la misma manera que las prestaciones de hacer y de no hacer se refieren a hechos futuros.

Son frecuentes las obligaciones que recaen sobre "cosas futuras"; por ejemplo, la venta de cosas in genere en los cuales sólo al momento de su especificación se transmite el derecho real.

La transferencia de un derecho sobre una cosa futura puede dar lugar a una obligación a término, condicional o a un contrato aleatorio. Todo depende del contenido del contrato.

No sólo las cosas futuras pueden ser objeto del contrato, sino también los derechos, aun cuando no hayan nacido todavía, así sean condicionales o eventuales. Son válidas la constitución de una hipoteca o el otorgamiento de una fianza para garantizar obligaciones que todavía no han sido contraídas; por ejemplo, para garantizar un préstamo futuro.

La ley prohíbe la donación sobre bienes futuros (Art.1493 CC), la hipoteca convencional sobre bienes futuros (Art.1893) y los pactos sobre una sucesión aun no abierta (Art. 1156 infine).

f) La promesa del hecho ajeno puede ser objeto del contrato. El artículo 1165 del Código Civil lo dispone: "El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, está obligado a indemnizar al

otro contratante si el tercero rehusa obligarse o no cumple el hecho prometido". Es evidente que una persona no puede obligar a otra, a menos que tenga su representación, porque el contrato solo produce efectos entre las partes contratantes. La promesa del hecho ajeno no implica que el tercero queda obligado, solamente obliga a quien ha prometido el hecho ajeno. Por no ser una obligación susceptible de cumplimiento forzoso, su incumplimiento siempre se traduce en el pago de daños y perjuicios.

B. El objeto debe representar un interés para el acreedor

(1047) En un principio algunos autores sostuvieron que ese interés debía ser un interés de tipo pecuniario, pues de lo contrario resultaría imposible el cumplimiento coactivo de la obligación, por no ser susceptible de valorarse en dinero; luego se admitió que puede tratarse de un interés social, moral o de otra índole. Algunos sostienen que basta con que sea valorada en dinero para una cualquiera de las partes, no siendo indispensable que lo sea para ambas partes. Por ejemplo: quien contrata una orquesta para amenizar una fiesta particular, no tiene interés económico en el cumplimiento de la prestación, sino un interés de esparcimiento o diversión; en cambio, para la orquesta, la prestación sí reviste un marcado interés pecuniario, pues la contraprestación perseguida es el pago de una suma de dinero. Tal circunstancia, de que revista interés económico para una cualquiera de las partes, permite la posibilidad de evaluar económicamente la prestación para cualquiera de las dos partes, y con ello se satisfacen los postulados de esta condición.

El requisito de ser valorable en dinero es exigencia del Código Civil Italiano vigente (Art. 1174). Nuestro Código Civil no lo exige expresamente, admitiéndose que el interés no debe ser necesariamente patrimonial, bastando un interés moral, siempre que sea serio.

La condición de que el objeto debe revestir un interés para el acreedor es aplicable, tanto cuando la prestación consista en la

transmisión de un derecho, como cuando consista en la realización de una actividad o conducta.

C. El objeto debe ser determinado o determinable

(1048) La prestación debe ser determinada o determinable, pues de lo contrario, si no estuviere determinada, sería ilusoria la posibilidad de exigir su cumplimiento. La determinación de la cosa puede hacerse en el momento de la celebración del contrato, pero no es necesario que en el mismo se determine íntegramente, pues basta que el contrato contenga los elementos necesarios para su determinación. Si no está determinada la cosa o no existen en el contrato los elementos necesarios para su determinación, el contrato es nulo.

La determinación pueden las partes dejarla a un tercero –como sucede con el precio de la venta– (artículo 1479), o a la ley, cuando ésta contemple normas supletorias que permitan determinarla, o dejarla a circunstancias futuras capaces de determinarla; pero nunca a una de las partes, como en el Código Civil Alemán, en el cual se permite la fijación unilateral siempre que sea equitativa, pues en caso contrario puede el Juez proceder a su determinación.

Cuando una de las partes haya cumplido su obligación con el consentimiento de la otra, sin haberse fijado previamente el precio, que es la contraprestación, el Juez debe fijarlo de acuerdo con el precio corriente en el mercado: Es el caso de servicios profesionales, compra de objetos de uso corriente.

Si se trata de un cuerpo cierto es necesario identificarlo con precisión, si se trata de un cuerpo in genere, basta señalar la especie y la cantidad.

D. El objeto debe ser lícito

(1049) El objeto debe ser lícito, es decir, debe ser tolerado, consentido, amparado y autorizado por el ordenamiento jurídico

positivo. En la doctrina se define el objeto lícito como aquel que no viola el orden público ni las buenas costumbres, por lo que se deduce que se estará en presencia de un objeto ilícito cuando dicho objeto viole el orden público o las buenas costumbres, o viole o contradiga las leyes y normas imperativas que tutelan el orden público y las buenas costumbres, referidas en el artículo 6º del Código Civil.

La condición de ilicitud del objeto es distinta o diferente de la condición de imposibilidad jurídica. Para GIORGI, lo imposible jurídicamente viola o contradice las leyes o normas declarativas, mientras que lo ilícito viola o contradice las leyes imperativas o prohibitivas, que se dirigen a la voluntad, siendo una forma de contradicción "que se verifica más bien de hecho".

Esto hace necesario determinar las nociones de orden público y de buenas costumbres, para delimitarlas luego convenientemente.

IV. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

(1050) Nuestro Código Civil contiene una primera referencia al orden público en su artículo 6º: "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres".

La noción de orden público no ha sido definida claramente por la doctrina, que ha ensayado diversas concepciones constantemente criticadas. Una primera tendencia afirma que son normas de orden público aquellas que regulan intereses o relaciones jurídicas de carácter no patrimonial, mientras que no son de orden público las que regulan intereses o relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Tal concepción es criticada, por cuanto existen normas que regulan intereses no patrimoniales y que no obstante pueden derogarse mediante convenio entre particulares; y, por el contrario, existen normas que regulan intereses patrimoniales que no pueden ser derogadas por los

particulares. Ello ocurre, por ejemplo, en materia de fijación de alquileres, los cuales están determinados en su límite máximo por el Estado, siendo inderogable tal límite por convenios particulares.

Un segundo criterio afirma que son normas de orden público las que regulan intereses generales, mientras que no lo son las que tutelan intereses individuales. Este criterio ha sido criticado por circunstancias similares a las expuestas en relación con la primera concepción: existen normas que regulan intereses individuales, como las relativas a incapaces, menores, entredichos e inhabilitados, que son de orden público, pues no pueden ser derogadas por particulares; ello ocurre, por ejemplo, en el caso de un contrato suscrito por un incapaz que se compromete a no oponer las acciones de nulidad derivadas de su situación de incapacidad. La cláusula no tendría valor alguno, ya que las normas sobre incapacidad son de orden público, no pudiendo relajarse por convenios particulares.

La idea de orden público está referida a los valores y principios fundamentales sobre los cuales descansa la organización misma de la sociedad, se refiere al orden jurídico que debe existir entre los diversos valores y principios que rigen cada institución en particular. El orden público es una idea que va cambiando con el transcurso del tiempo, lo que pudiera ser contrario al orden público en un momento dado, puede dejar de serlo y pueden aparecer nuevos valores y principios que determinen la noción de orden público.

En algunos casos son las mismas leyes las que señalan el carácter de orden público de las instituciones que regula, como por ejemplo, la Ley del Trabajo (Art. 3º), la Ley de Protección al Consumidor, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (Art. 7). Por estas circunstancias es imposible dar una definición general sobre el concepto de orden público, pues para determinar si el orden público ha sido violado, es indispensable analizarlo en función de una institución jurídica determinada.

A. Enumeraciones doctrinarias

(1051) Las críticas referidas han determinado que la doctrina tienda a establecer un criterio *a posteriori* de las normas de orden público, en lugar de un criterio *a priori* y a evitar una definición general de la noción. Así ocurre con PLANIOL y RIPERT, quienes en su conocida obra "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" contemplan una enumeración de las prestaciones contrarias al orden público que exponemos a continuación:

1º Las que tiendan a eludir el cumplimiento de las normas relativas a la organización del Estado y los servicios públicos.

2º Las prestaciones destinadas a incumplir o a eludir la aplicación de las leyes fiscales y monetarias.

3º Las prestaciones que atentan contra la integridad e independencia de los funcionarios públicos o el funcionamiento de los servicios públicos.

4º Las prestaciones que tiendan a destruir la confianza de los funcionarios públicos en personas que ejerzan profesiones reglamentadas.

5º Las prestaciones destinadas a incumplir o eludir las normas sobre el estado y capacidad de las personas.

6º Las que alteren el régimen legal de la familia.

7º Las que violen o atenten contra la integridad física o la dignidad de la persona humana.

8º Las que atenten contra normas protectoras de los débiles jurídicos.

9º Las que infrinjan normas legales dispuestas en protección de los terceros contra el fraude.

10º Las que atenten contra la seguridad del comercio.

11º Las que quebranten normas de organización económica.

La clasificación, basada en una sistematización de la jurisprudencia

francesa, constituye un valioso aporte a la delimitación del orden público.

V. Las buenas costumbres

(1052) El objeto es ilícito, no sólo cuando viola el orden público o las normas de orden público, sino también cuando infringe las buenas costumbres.

Además del orden público, la autonomía de la voluntad está limitada por las buenas costumbres. La ley se abstiene de definir el concepto de buenas costumbres y en general, la doctrina tampoco precisa el concepto.

Las reglas morales carecen de sanción desde el punto de vista jurídico, siendo esta precisamente una de las notas que diferencian las normas jurídicas de las normas morales; pero hay una moralidad pública, amparada por el orden jurídico.

Toda sociedad tiene una moralidad pública, un conjunto de reglas éticas que constituyen la base de su civilización. Estas reglas de contenido ético aceptadas por la generalidad de los integrantes de una sociedad determinada, constituyen la moralidad pública. No se trata de acoger reglas morales fundadas en ciertas concepciones confesionales o filosóficas, sino aquellas que por una reiterada observancia (costumbres) han tenido una aceptación general de determinada sociedad, para la cual son "buenas". De allí el término "Buenas costumbres".

Muchas de estas normas que constituyen las buenas costumbres son acogidas expresamente por una norma jurídica que las regula y su violación implica una conducta ilícita. Desconocer el deber de fidelidad entre los cónyuges es evidentemente contrario a las buenas costumbres, a la moralidad pública. Estando consagrado el deber de fidelidad en una norma legal expresa, su violación constituye al mismo tiempo una conducta ilícita en el sentido estricto y atenta a las buenas costumbres. Otras veces las buenas costumbres pasan a formar parte del orden pú-

blico y de esta manera su violación atenta contra el orden jurídico. En estos casos, hay violación de las buenas costumbres y del orden público.

Sin embargo, hay casos en los cuales no existe ninguna norma legal expresa en relación a una conducta determinada, en cuyo caso es necesario recurrir al concepto de buenas costumbres para impedir que un acto o una conducta que repugna a la sociedad pueda tener consecuencias jurídicas. Las buenas costumbres implican una valoración ética de determinadas conductas, en función de la vida social y su reiterada aceptación por una sociedad determinada es lo que le da el carácter de buenas costumbres.

Por estas razones, las buenas costumbres constituyen un concepto cambiante, cada sociedad y cada tiempo tiene una moralidad pública distinta y lo que ayer pudo ser considerado como contrario a las buenas costumbres, hoy deja de serlo.

Esa aceptación general de determinadas reglas morales que no están previstas en ninguna norma jurídica es lo que permite darle consecuencias jurídicas a su violación.

La jurisprudencia francesa se ha servido del concepto de buenas costumbres para considerar que tienen objeto ilícito los contratos relacionados con la venta de una casa de tolerancia, de una sociedad con el objeto de explotarla, los contratos que tienen por objeto regular un concubinato; el concubinato entre homosexuales, el pacto de cuota litis, el tráfico de influencias. Es de advertir que en algunos casos las buenas costumbres afectan más bien la causa del contrato, como en el caso del préstamo de dinero para destinarlo al juego. Por otra parte, debe señalarse que algunas de las conductas consideradas en un tiempo como contrarias a las buenas costumbres son objeto de normas específicas, ya prohibiéndolas, o permitiendo la conducta dentro de ciertos parámetros, como es el caso de los casinos y casas de juego.

VI. Principales estipulaciones nulas por objeto ilícito

(1053) Cuando el objeto del contrato es ilícito, el contrato, la estipulación o pacto celebrado por las partes, es nulo, no produce efecto alguno.

Carece de interés práctico señalar las innumerables convenciones afectadas de nulidad por tener objeto ilícito; basta con señalar que todas aquellas convenciones que infrinjan normas en las cuales esté interesado el orden público y las buenas costumbres, no producen efecto alguno, a tenor de lo preceptuado por el artículo 6º del Código Civil.

Sin embargo, existen algunas convenciones o pactos que por su especial importancia en la vida jurídica y por los problemas que su interpretación presenta merecen un análisis especial: se trata de las estipulaciones usurarias y de los pactos sobre sucesión futura.

Generalmente, dentro de las estipulaciones usurarias, se distinguen dos grandes tipos: las estipulaciones sobre intereses usurarios y los contratos usurarios propiamente dichos.

1. Contratos usurarios

(1054) El artículo 1º del Decreto Sobre Represión de la Usura, de fecha 9 de abril de 1946 dispone en su primer párrafo:

> Cualquiera que intencionalmente se valga de las necesidades apremiantes de otro para obtener para sí o para un tercero una prestación, cesión, garantía o algo análogo que implique una ventaja o beneficio que tomando en cuenta las circunstancias concomitantes resultaren notoriamente desproporcionadas a la contraprestación o entrega que por su parte verifique, será castigado con prisión hasta de dos años o con multa hasta de diez mil bolívares.

La doctrina considera que la desproporción entre las recíprocas obligaciones de las partes, desde el momento mismo del perfeccio-

namiento del contrato, da lugar a la lesión, cuya consecuencia es la rescisión del contrato. La norma antes transcrita exige otro requisito para que haya lugar a la sanción: que una de las partes intencionalmente se valga de las necesidades apremiantes de la otra parte. En este caso la doctrina habla de lesión subjetiva para distinguirla de la lesión objetiva en la cual basta la desproporción entre las prestaciones.

Teóricamente, la sanción a la lesión es la rescisión del contrato que faculta al juez para establecer el equilibrio entre las prestaciones, modificando las estipulaciones respectivas y manteniendo la vigencia del contrato.

El Decreto Sobre la Represión de la Usura tipifica el delito de usura en los términos antes transcritos, pero solo prescribe sanciones penales a los infractores y nada dispone en cuanto a los efectos civiles del acto usurario. Es evidente que si determinada conducta constituye un delito, el objeto de la obligación que consista en esa conducta, tiene carácter ilícito.

Al no establecer el referido decreto ninguna sanción civil aplicable al acto usurario, es necesario precisar si la sanción debe ser la rescisión o la nulidad del contrato respectivo.

En Venezuela, la rescisión por lesión solo es procedente en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la ley (Art. 1350 CC) y no hay ninguna norma que faculte al juez para modificar el contrato eliminando la desproporción entre las prestaciones respectivas.

Tratándose de un caso de lesión subjetiva puede proceder la nulidad relativa del contrato, estando legitimada únicamente la víctima para intentar la acción. Sin embargo, pensamos que si la víctima tiene interés en el contrato, en virtud del principio de conservación del mismo, exigir la prestación adicional que rompa el desequilibrio, o pedir la nulidad parcial del contrato, pidendo que se le exima de la prestación exorbitante que se le ha exigido valiéndose de sus necesidades apremiantes. Por ejemplo: la constitución de una garantía desproporcionada con la obligación principal. En determinados casos

puede también declararse nula la cláusula del contrato que constituye lesión objetiva, subsistiendo el resto del contrato.

Debe señalarse que la jurisprudencia francesa ha utilizado en algunos casos el alegato de una deficiencia parcial de causa al exigir en los contratos onerosos cierta proporción objetiva entre prestación y contraprestación, lo que daría lugar a una nulidad parcial que permite al juez una reducción de la prestación lesiva. La doctrina ha criticado esta posición, por considerar que mediante ella se está extendiendo el concepto de lesión a casos no previstos en la ley.

2. Intereses usurarios

(1055) El referido decreto contiene una norma específica en relación a los intereses:

> Sin perjuicio de la limitación que establece el Código Civil en su artículo 1746, se considera constitutivo del delito de usura el préstamo de dinero en el cual se estipula o de alguna manera se obtenga un interés que exceda del uno por ciento mensual.

Dicha norma ha sido derogada parcialmente en relación a los intereses que pueden cobrar los bancos y demás instituciones financieras, cuyos límites máximo y mínimo serán fijados por el Banco Central de Venezuela (Ley del Banco Central). En cuanto a las operaciones de venta a crédito de bienes o servicios o de financiamiento para tales operaciones, se faculta al Ejecutivo Nacional para fijar límites máximos oída la opinión del Banco Central de Venezuela (Ley de Protección al Consumidor, Art. 70). Esta limitación tampoco sería aplicable a las operaciones mercantiles en general, por interpretación de los artículos 108, 414 y 529 del Código de Comercio, según lo estableció la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 19 de febrero de 1981.[1]

---

1 Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Nº 54, págs. 203 a 223.

En consecuencia, dicha limitación está circunscrita a los intereses por préstamos civiles.

En este caso, siendo perfectamente lícitos los intereses dentro del límite del uno por ciento mensual, la ilicitud de los intereses a una tasa superior no debe afectar ni al contrato en su conjunto, ni a la estipulación de intereses dentro del límite establecido por la ley. En este caso la nulidad solo comprende la estipulación de intereses usurarios por encima del límite legal y en consecuencia el juez deberá reducir tales intereses al límite máximo legal, manteniendo el contrato en todas sus demás estipulaciones, incluyendo la tasa de intereses dentro del límite legal. Se trata de un caso de nulidad parcial del contrato. Por ejemplo, la contemplada en el artículo 1120 CC: "Puede también haber lugar a la partición, cuando uno de los herederos ha padecido lesión que exceda, del cuarto de su parte en la partición".

3. Prohibición de pactos sobre sucesión futura

(1056) Por pacto sobre sucesión futura, se entiende las convenciones que tienen como objeto establecer estipulaciones sobre la herencia o sucesión de una persona viva, bien se trate de alguno de los contratantes o de un tercero, que comprenda todos los bienes de su sucesión una cuota de éstos o alguna cosa determinada del caudal de la herencia.

La prohibición de la celebración de tales pactos data de Roma. Se decía entonces que tales pactos tenían una naturaleza inmoral, porque implicaban el llamado *votum mortis,* el deseo de la muerte de la persona sobre cuya sucesión se hubiesen establecido dichos pactos. Tal fundamento es criticado en el Derecho Moderno por diversos motivos; sin embargo, la prohibición se mantiene basada en otras razones que señalaremos más adelante.

A. Clases de pactos sobre sucesión futura

(1057) Los pactos sobre sucesión futura, prohibidos mediante normas imperativas dictadas al respecto por el legislador, han sido clasificados en tres grandes categorías.

Personalmente dudamos de la vigencia de la limitación de intereses en los préstamos civiles al uno por ciento mensual. En efecto, al permitirse en materia bancaria intereses que llegaron hasta el ocho por ciento mensual, y plena libertad en cuanto a los préstamos mercantiles, consideramos que no hay ninguna razón jurídica, económica, política o filosófica que justifique el tratamiento diferente para el préstamos civil, que el entorno para el momento en que fue promulgada dicha norma (1946) cuando el interés corriente en el mercado era del 0,75% mensual y que dicha norma es violada de manera pública y notoria en esta época sin que conozcamos hoy ninguna acción intentada con tal fundamento en los últimos quince años, dicha norma ha sido abogada por un notable cambio en las circunstancias.

a) Pactos de institución

(1058) Los llamados pactos de institución, también llamados pactos reguladores de la propia sucesión, son aquellos pactos mediante los cuales una persona conviene con otra en dejarle toda su herencia, o dejársela a un tercero, o ambas convienen en instituirse recíprocamente como herederas. La prohibición de tales pactos las contempla nuestro ordenamiento en los artículos 835 y 917 del Código Civil: "No pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea en provecho recíproco o de un tercero" (art. 835); "es nula la disposición a título universal o particular hecha por el testador, bajo la condición de que sea él, a su vez, beneficiado en el testamento de su heredero o legatario" (art. 917).

b) Pactos de renuncia

(1059) Son aquellos mediante los cuales una persona renuncia a la sucesión de una persona viva, o a una sucesión aún no abierta. Están prohibidos en los artículos 1022 y 1156 del Código Civil, que en su parte pertinente establecen: "No se puede, ni aun por contrato de matrimonio, renunciar a la herencia de una persona viva" (art. 1022); "sin embargo, no se puede renunciar una sucesión aún no abierta" (2º párrafo, art. 1156).

c) Pactos de disposición

(1060) Son aquellos pactos en virtud de los cuales una persona se compromete a enajenar los derechos que pudiere tener sobre una herencia de una persona viva, o celebre estipulaciones sobre bienes integrantes de una sucesión no abierta "ni aun con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate".

La prohibición está contemplada en los ya citados artículos 1022 y 1156 del Código Civil, que en su parte pertinente disponen: "No se puede... ni enajenar los derechos eventuales que se puedan tener a aquella herencia" (art. 1022). "Sin embargo, no se puede..., ni *celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión ni aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trate" (art.* 1156).

B. Fundamento de la prohibición de pactos sobre sucesión futura

(1061) En Roma, la prohibición se fundaba en el *votum mortis* o deseo de muerte que dichos pactos implicaban. Este fundamento ha sido criticado en el Derecho Moderno, porque de ser cierto, serían nulos los contratos mediante los cuales se estipulan rentas vitalicias (pues el deudor estaría inclinado a desear la pronta muerte del acreedor de la renta) o seguros de vida, en los cuales la defunción del asegurado es condición fundamental para la procedencia del pago del seguro.

En el Derecho Moderno se ocurre a otras razones para fundamentar la prohibición, a saber:

a) *Respecto a los pactos de institución,* la prohibición se justifica por la necesidad de proteger la libertad de disponer de su propia sucesión mediante testamento, que es por su esencia revocable (Art. 833 CC).

b) *Respecto de los pactos de renuncia* y *de los pactos de disposición,* la prohibición se justifica por la necesidad de mantener el orden legal de las sucesiones (evitando, por ejemplo, el establecimiento de mayorazgos, mediante la renuncia anticipada de los hermanos menores en beneficio del mayor) y también para la protección del heredero, en el sentido de evitar que éste, por necesidad de dinero, enajene a precio vil sus derechos hereditarios.

Debe observarse que la prohibición sólo comprende los pactos sobre sucesión futura en el sentido ya explicado y no los llamados pactos *post mortem,* que sí son estimados como válidos por la doctrina y jurisprudencia. Se entiende como pactos *post mortem* aquellos compromisos contraidos por una persona, pero que no son exigibles sino para después de su propia muerte o de la muerte de un tercero. Ejemplo: me comprometo a pagar tal cantidad que será exigible después de mi muerte o después de la muerte de X. La doctrina considera en general a los pactos post *mortem* como casos de obligaciones sometidas a término incierto.

Tampoco afecta dicha prohibición los contratos en relación a personas ya fallecidas, a sucesiones abiertas. El heredero, una vez fallecido su causante, puede enajenar validamente sus derechos en la herencia.

Bibliografía

COLIN, Ambrosio y CAPITANT H. Ob. Cit. Tomo III, págs. 645 a 665.

GIORGI, Jorge. *Ob. Cit.* Tomo III, Nº 283 al Nº 397.

JOSSERAND, Louis. *Ob. Cit.* Tomo II, Vol. I, Nºs. 112 a 125.

MARTY, G. *Teoría General de las Obligaciones.* Ob. Cit. Tomo 2, págs. 77 a 86.

MAZEAUD, Henri-Leon-Jean. *Ob. Cit.* Parte II, Vol. I, Nºs. 231 a 251.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Ob. Cit.* Tomo VI, Nº 218 al Nº 248, págs. 298 a 346.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. *Antecedentes.* Ob. Cit. Vol. Art. 1145 al Art. 1158, págs. 227 a 305.

MELICH ORSINI, José. *Doctrina General del Contrato.* Ob. Cit. Nºs 173 a 195, págs. 213 a 246.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit. Capítulos XXVIII y XXIX, págs. 151 a 161.

TERRÉ F., Ob. Cit. Nºs. 258 a 287, págs. 217 a 246.

LACASA ASTIGARRAGA, Jon. "El problema de las Tasas Bancarias". *Revista de la Facultad de Derecho,* Universidad Católica Andrés Bello. Nºs. 54 y 55.

JURISPRUDENCIA

1. Contrato usurario

La estipulación usuraria por contraria a las buenas costumbres afectaría la licitud del objeto... que es solo ilícito en cuanto excede la cláusula estipuladora de intereses ceñidos a la ley.

30-7-70; DFMSC1. JRG. Tomo XXVII, págs. 44-48. *Código Civil de Venezuela.* Ob. Cit. Vol. Arts. 1146 al 1158, pág. 281.

2. Buenas costumbres

11-8-93; CSJ/SPA; P. Tapia. Vol. 1993- 8/9, pág. 292.

3. Orden público

2-5-96; CSJ/SCC; P. Tapia. Vol. 1996/5, pág. 137.

Capítulo 30
SECCIÓN PRIMERA
LA TEORÍA DE LA CAUSA

SUMARIO

I. LA TEORÍA DE LA CAUSA. 1. Disposiciones legales. 2. Elemento de existencia del contrato. 3. La causa, término equívoco. A. Distintas acepciones en la ley. B. Causa eficiente y causa final. C. Causa final y motivos. D. Causa de la obligación y causa del contrato. E. Concepción objetiva y concepción subjetiva de la causa.- II. DOCTRINAS SOBRE LA CAUSA. 1. La causa en el Derecho Romano. 2. Teoría Canonista de la causa. 3. Teoría clásica de la causa.- III. LA TEORÍA ANTICAUSALISTA. 1. El concepto de causa es falso: A. En los contratos bilaterales. B. En los contratos reales. C. En las liberalidades. 2. El concepto de causa es inútil: A. En los contratos bilaterales. B. En los contratos reales. C. En las liberalidades. D. La ilicitud de la causa.- IV. LA TEORÍA NEOCAUSALISTA. 1. Los rasgos de la teoría neocausalista. 2. La causa no es una noción falsa: A. En los contratos bilaterales. B. En los contratos reales. C. En las liberalidades. 3. La causa es una noción necesaria: A. En los contratos bilaterales. B. La ausencia total de causa. C. La ausencia parcial de causa. D. Error en la causa. E. Nulidad por causa ilícita. 4. Otras doctrinas francesas sobre la causa: A. JOSSERAND. B. RIPERT. C. MAURY. 5. Conclusiones. V. DOCTRINA ITALIANA SOBRE LA CAUSA.

I. LA TEORÍA DE LA CAUSA

1. Disposiciones legales

(1062) El artículo 1141 del Código Civil dispone: "Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son... 3º Causa lícita". El Capítulo IV se denomina "De la causa de los contratos" y contiene dos artículos regulando la causa (Arts. 1157 y 1158).

2. Elementos de existencia del contrato

(1063) Si se observan con detenimiento los elementos esenciales de existencia de un contrato, encontraremos que cada uno de ellos responde a una pregunta distinta relativa a las contingencias de ese contrato. Así tenemos que el objeto del contrato responde a la pregunta ¿qué debemos?, ¿qué se ha querido?, o sea, como decían los romanos, el *quid debetur*. El consentimiento responde a la pregunta ¿se ha querido? Y la causa responde a la pregunta ¿por qué se ha querido?, o como decían los romanos, el *cur debetur*. Si se compra una casa, podemos encontrar los tres elementos del contrato que hemos mencionado anteriormente. A la pregunta *quid debetur*, ¿qué se debe?, el vendedor responderá: se debe el precio; en otras palabras, el objeto de la obligación es pagar una determinada cantidad de dinero. El comprador dirá: la propiedad de la casa. A la pregunta ¿se debe?, ¿realmente se ha querido deber?, se responderá que efectivamente tal acto volitivo existe, pues el comprador y el vendedor han otorgado su consentimiento. Y a la pregunta ¿por qué se debe?, *cur debetur*, podemos dar muchas razones o motivos. En efecto, puede ser que el comprador quiera la casa para habitarla con su familia, o demolerla para construir un edificio, o porque piense instalar allí un negocio, o quiera donársela a un hijo que va a contraer matrimonio. Como puede observarse, son o pueden ser muy variadas las razones por las cuales el comprador adquiere la casa. Ello depende de aspectos psicológicos, económicos, sociales, afectivos. La causa sería un elemento de tipo subjetivo que se

diferencia totalmente de los otros elementos de existencia del contrato: el objeto, porque, como hemos visto, éste es el elemento sobre el cual va a recaer la obligación; el consentimiento, porque si bien éste es un elemento subjetivo del contrato, es una manifestación de voluntad de adherirse a otra manifestación de voluntad,aquella manifestación de voluntad está condicionada por la causa. En otras palabras, la causa es la que produce el consentimiento, es la razón o fin por el cual se otorga dicho consentimiento.

La causa es un elemento del contrato indispensable a su existencia, manifiestamente distinto del objeto y del consentimiento, siendo un elemento independiente y autónomo de éstos. No basta con que exista un objeto ni tampoco con que se otorgue el consentimiento; es necesario que exista una razón o fin perseguido al contratar. Esa razón o fin está configurado por la causa (causa final).

3. La causa, término equívoco

A. Distintas acepciones en la ley

(1064) La causa, como requisito para la existencia del contrato, ha sido objeto de numerosas divergencias en la doctrina, inclusive en cuanto a su existencia, lo que ha dado lugar a distintas interpretaciones, cuyo conjunto es estudiado por la "Teoría de la Causa".

Algunas legislaciones, como el Código Civil Alemán y el Código Civil Suizo, han prescindido de este requisito (causa), lo que ha favorecido la posición de los autores anticausalistas, para quienes la causa es un concepto falso e inútil.

Antes de entrar al análisis de las distintas teorías de la causa, vale la pena destacar que es un concepto equívoco, por tener el término causa distintas acepciones.

En las legislaciones positivas a la palabra causa se le da diversos sentidos o significaciones. Por ejemplo, cuando nuestro legislador se refiere al enriquecimiento sin causa, se quiere significar la palabra

causa como justificación formal del enriquecimiento, como sinónimo de acto jurídico lícito que justifica el enriquecimiento (venta, donación, pago), es decir, como causa eficiente, como elemento que precede y condiciona el acto. Entonces se entiende la causa como fundamento de la atribución patrimonial, lo que justifica el traslado de una cosa o un derecho de un patrimonio a otro; de faltar hay enriquecimiento sin causa.

En cambio, cuando se refiere a la causa como elemento del contrato, trata dicho concepto como causa final, como propósito perseguido al contratar y que es el que motiva el consentimiento y le da significación.

B. Causa eficiente y causa final

(1065) El término causa puede entenderse como causa eficiente (fundamento o antecedentes necesarios de un hecho o de algo) o como causa final (razón para actuar o finalidad perseguida por alguien. La doctrina entiende la causa como causa final; lo que persiguen las partes al contratar.

C. Causa final y motivos

(1066) Los autores distinguen muy cuidadosamente en el campo de la teoría de la causa, la razón inmediata o el fin inmediato perseguido por el sujeto al contratar u obligarse, de la razón o fin mediato. En la compra venta, la razón o fin inmediato del comprador es adquirir la propiedad de la cosa, y el fin mediato son los diversos motivos por los cuales se adquiere la propiedad de la casa (habitarla, construir un edificio, establecer un negocio, donarla, etc.). La razón inmediata viene a ser denominada la causa propiamente dicha, y la razón mediata o fin mediato vienen a ser los motivos, los cuales son muy variables, en contraposición con la causa, que es invariable en cada tipo o categoría de contrato.

Sin embargo, esta distinción entre motivo y causa no es muy precisa. Algunos autores consideran que la causa son los motivos determinantes que impulsan a una persona a contratar. Al tratar de desarrollar este concepto, aun cuando pretenden distinguir entre la causa y los motivos no determinantes, incurren necesariamente en contradicciones y hacen difícil diferenciar ambos conceptos.

D. Causa de la obligación y causa del contrato

(1067) La doctrina distingue entre la causa de la obligación y la causa del contrato. Ya en el Código Civil, los artículos referentes a la causa se encuentran en un capítulo denominado "De la causa de los contratos"; en cambio el artículo 1157 se refiere a "la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita no tiene ningún efecto", con lo cual utiliza el término como causa de la obligación. La doctrina clásica y la neocausalista consideran la causa como elemento de la obligación; otras corrientes la consideran como causa del contrato.

Aceptando la causa como elemento de la obligación, un contrato tendrá tantas causas como obligaciones surjan a cargo de las partes que lo integran. Por ejemplo: en el contrato de venta habrá dos causas: la causa de la obligación del comprador, que sería la adquisición de la propiedad de la cosa, y la causa de la obligación del vendedor, configurada por la recepción de la suma de dinero. Igual ocurriría en todos los contratos bilaterales, pues en los contratos unilaterales sólo habría una causa: la causa de la obligación de la única parte que se obliga en dichos contratos.

La causa de la obligación es entonces un elemento intrínseco del contrato.

Otros autores, especialmente los canonistas, enfocan la causa como elemento del contrato y la definen como el móvil común que ha impulsado a las partes a contratar[1] (Marty), o como la operación jurídica

1 En los contratos onerosos o el motivo determinante del autor de una liberalidad.

perseguida por las partes (MAZEAUD). Estos autores aluden a la causa como la función teleológica perseguida por las partes al contratar, y desde este punto de vista, la causa responderá a la pregunta *"cur contraxit"* (¿Por qué se contrata?). Para otra corriente, la causa del contrato es la función económico social que el ordenamiento jurídico le atribuye al contrato (Código Civil Italiano vigente), siendo entonces un elemento extrínseco al contrato.

Aceptando la causa como elemento del contrato, éste siempre tendría una causa única, independientemente del número de obligaciones que engendra.

E. Concepción objetiva y concepción subjetiva de la causa

(1068) Otra distinción que debemos hacer es entre una concepción objetiva de la causa, de una concepción subjetiva de la misma.

En la teoría clásica de la causa, aun cuando se la considere como la finalidad perseguida por las partes (y este sentido sería subjetiva), la causa de la obligación será siempre la misma para cada tipo de contrato: la finalidad inmediata que persigue cada parte. En toda venta, el comprador busca obtener la propiedad de la cosa; el vendedor el precio. Por consiguiente, para la doctrina clásica, la causa de la obligación es objetiva: todo sujeto persigue la misma finalidad inmediata.

También hay una concepción objetiva de la causa del contrato: la función económico social del contrato. No se trata de la finalidad perseguida por cada parte; es la finalidad económico social que el derecho le atribuye a cada tipo de contrato. En la compraventa esa finalidad es el cambio de una cosa por un precio.

Frente a la concepción objetiva de la causa del contrato hay una concepción subjetiva: el móvil o motivo perseguido por cada contratante, que es distinto en cada contrato. Dentro de esta corriente hay lo que se ha denominado la concepción convencional (CAPITANT), para quien la causa es la finalidad perseguida por ambas partes, "todo lo convenido como causa eficiente del contrato" y la concepción todavía

más subjetiva de Ripert para quien la causa son los móviles que impulsan a una de las partes a contratar.

Al estudiar las distintas doctrinas sobre la causa podremos ir precisando sus diversos significados y las distintas corrientes sobre la causa.

II. Doctrinas sobre la causa

1. La causa en el Derecho Romano

(1069) Tomando en cuenta el carácter formalista del Derecho Romano, en donde imperaba el principio *"nuda pacta obligationem non parit"* (los simples pactos no producen obligaciones), por el cual los contratos no se perfeccionaban por el simple consentimiento sino por el cumplimiento de una determinada formalidad (pronunciación de palabras, en los contratos *verbis;* redacción de escritos, en los *litteris;* entrega de la cosa, en los reales). No es extraño que los romanos no llegaran a conocer un concepto del término causa en el sentido técnico o preciso que venimos estudiando, pues este concepto, de índole psicológica o volitiva, no va a surgir sino cuando se desarrollan los contratos consensuales, en los cuales el consentimiento adquiere primordial importancia por la influencia del principio de la autonomía de la voluntad.

Los romanos no conocieron un principio de alcance general ni el sentido técnico o preciso del mismo; ellos se refieren a la causa, atribuyéndole distintos significados, a saber:

a) Como sinónimo de fuente de obligación, es decir, como hecho o acto jurídico del cual podría una persona quedar obligada. Desde este punto de vista, la causa de una obligación era la fuente de donde surgía: un contrato, un delito, un cuasicontrato o un cuasidelito.

b) Como sinónimo de formalidades para el cumplimiento de un contrato: entrega de la cosa, en los contratos reales; pronunciación de

ciertas palabras, en los contratos *verbis;* redacción de un escrito, en los contratos *litteris.*

c) Como sinónimo de justificación de una prestación o de una ventaja patrimonial, es decir, como razón justificadora de dicha ventaja.

2. Teoría canonista de la causa

(1070) La teoría de la causa es el primer intento serio de sistematización de la causa conforme a un criterio técnico. Tuvo sus orígenes en el Derecho Canónico y es producto de la transformación del sistema de contratación formalista del Derecho Romano al sistema de contratación consensualista, que da mayor importancia a la autonomía de la voluntad y al consentimiento libremente expresado. El viejo principio romano de que los simples pactos no producen obligaciones *(nuda pacta obligationem non parit)* va a ser sustituido por el principio *pacta sunt servanda* (los pactos obligan). El cristianismo, con sus tesis sobre la libertad, el respeto y la dignidad del hombre, va a influir en el campo del Derecho a través de los canonistas, para que se le atribuya una importancia cada vez mayor al principio de la autonomía de la voluntad y por lo tanto a la voluntad libremente expresada, al consentimiento; de modo que los contratos se perfeccionan en su gran mayoría sólo *consensu,* por efecto del consentimiento libremente manifestado. Esta nueva jerarquía adquirida por el consentimiento hace necesario investigar por cuáles motivos o razones las partes otorgan su consentimiento en un contrato y por lo tanto plantea directamente el problema de la causa. Los contratos se asimilan así a la naturaleza de los antiguos *nuda pacta* (simples pactos), pues basta el solo consentimiento para que se perfeccionen. Esta base consensualista hace necesario indagar en los contratos bilaterales o sinalagmáticos por qué se obligan las partes y se descubre así el principio correlativo o de la reciprocidad, consistente en considerar que en los contratos bilaterales la razón por la cual una de las partes se obliga es para obtener el beneficio de la prestación de la otra parte, es decir, las obligaciones de las partes son recíprocas.

3. Teoría clásica de la causa

(1071) Del fundamento consensualista de los sistemas de contratación surge la llamada teoría clásica de la causa, cuyo principal exponente fue Domat en su obra "Las leyes civiles en su orden natural", y tuvo entre sus principales seguidores a Pothier, Delvincourt, Merlin, Larombiere, Aubry y Rau y Demolombe.

Domat y sus seguidores parten de un principio que es fundamental para la teoría clásica de la causa y que constituye su signo distintivo: distinguen cuidadosamente la causa propiamente dicha, en el sentido de razones o fines inmediatos perseguidos por las partes al contratar, de los motivos, o sea, de las razones o fines mediatos perseguidos por las partes, los cuales pueden ser muy variables o cambiantes, en contraposición con la causa, que es siempre invariable. La causa sería el fin inmediato perseguido por las partes al contratar y que está tan consustanciado con el contrato que la otra parte conoció o debió haber conocido. Por ejemplo: en un contrato de venta, la causa de la obligación del comprador es adquirir la propiedad de una cosa, fin que es conocido por el vendedor, y la causa de la obligación del vendedor es adquirir una suma de dinero que se llama precio, fin que obviamente es conocido por el comprador.

En cambio, los motivos son la intención o las razones que las partes tuvieron en cuenta para perseguir ese fin inmediato. Así tenemos, por ejemplo: el vendedor persigue como fin el precio, porque quiere ese dinero para comprar otra cosa, para irse de vacaciones o para instalar un negocio, y el comprador persigue como fin adquirir la propiedad de la cosa, para disfrutar de ella, para donarla o revenderla.

La causa o fin inmediato perseguido por las partes, es invariable en los diversos tipos de contratos; por lo tanto, es un elemento objetivo, y dentro de las diversas clases de contratos, la teoría clásica comienza por señalar la causa así:

a) En el contrato sinalagmático, la obligación de cada una de las partes tiene por causa la obligación de la otra parte. En la venta, el

vendedor se obliga a transmitir la propiedad de la cosa porque el comprador se obliga a pagarle el precio y viceversa. Situación similar ocurre en los demás contratos sinalagmáticos.

b) En las liberalidades, la causa de la obligación del donante está en el ánimo de donar *(animus donandi),* independientemente de los motivos psicológicos o afectivos que motivan ese ánimo o deseo de donar.

c) En los contratos reales, la causa de la obligación del deudor es la previa entrega de la cosa realizada en su favor por el acreedor.

Como comentario final, obsérvese que la tesis clásica, al contrario de los canonistas, enfoca la causa como elemento de la obligación y no como elemento del contrato. Para la tesis clásica, la causa es un elemento intrínseco del contrato, es decir, es un elemento de la obligación que nace de un contrato.

III. LA TEORÍA ANTICAUSALISTA

(1072) La tesis clásica influenció decisivamente a los redactores del Código Napoleón, quienes acogen en su texto el concepto de causa. Sin embargo, ya en 1826 el Profesor ERNST, de la Universidad de Lieja, aboga porque el concepto de causa debe ser erradicado del Código Civil. Tal posición fue seguida por su célebre discípulo LAURENT y más recientemente por BAUDRY LACANTINERIE, PLANIOL, GIORGI, y DABIN. Entre los principales autores anticausalistas, es PLANIOL quien en forma verdaderamente brillante expone una serie de argumentos en contra de la causa como elemento de la obligación, como elemento intrínseco al contrato, concluyendo que la causa es un concepto falso e inútil.

1. El concepto de causa es falso

(1073) Para demostrar esta aserción, PLANIOL analiza y critica en cada caso los conceptos de causa expuestos por la tesis clásica. En efecto:

A. El concepto de causa en los contratos bilaterales, enunciado por la teoría clásica, es falso, por dos razones fundamentales:

a) Para la tesis clásica, en los contratos bilaterales "la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra". Cada obligación es a su vez causa y efecto de la otra obligación. Tal conclusión es absurda e ilógica, pues conforme a los postulados de la lógica, toda causa debe preceder a su efecto y una figura no puede ser causa y efecto al mismo tiempo de otra; o es causa o es efecto, pero no las dos cosas simultáneamente.

b) El concepto de causa es falso en los contratos bilaterales, porque según la tesis clásica, si en un contrato bilateral una de las partes no cumple su obligación, la obligación de la otra parte queda sin causa; Dicha solución es falsa, porque en el contrato bilateral, si una de las partes no cumple su obligación, no por ello queda menos obligada, la obligación existe, lo que ocurre es que no se ha cumplido. Ahora bien, si la obligación del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa sigue existiendo aun cuando no haya sido cumplida, la obligación del comprador de pagar el precio sigue teniendo causa y por lo tanto el comprador continuaría obligado a pagar dicho precio. Si ello es así, es porque en el campo de la legislación se permite al comprador relevarse de su obligación; ello se explica por otra razón, pero no por la idea de causa.

B. En los contratos reales, la teoría clásica afirma que la causa de la obligación del *solvens* (quien recibe la cosa) es la previa entrega de la cosa. Esa concepción es falsa, según Planiol; por dos razones fundamentales, a saber:

a) Se altera el concepto de causa, pues mientras que en los contratos bilaterales, al referirse a la causa, ésta es definida como la finalidad inmediata perseguida por el deudor al obligarse, en los contratos reales, cuando se define la causa como la previa entrega de la cosa, se está aludiendo a la causa como hecho generador del contrato, es decir, se vuelve a uno de los conceptos romanos de la causa cuando se referían a ésta como formalidad necesaria para el surgimiento de la obligación.

b) Aun desde este último punto de vista, de la causa como hecho generador del contrato, la concepción de causa es falsa, pues se confunde el hecho generador del contrato con la causa del mismo. En efecto, para la teoría clásica, si no se había entregado la cosa en un contrato real, el *solvens* no estaba obligado a devolverla porque su obligación no tiene causa. El razonamiento es falso, dice PLANIOL, porque en un contrato real, si no se ha entregado la cosa, el *solvens* no está obligado a devolverla, no porque su obligación no tenga causa, sino porque su obligación no ha nacido, pues todavía no existe ningún contrato real.

C. En las liberalidades, para la teoría clásica la causa es el *animus donandi,* independientemente de los motivos o razones sicológicos que impulsen ese *animus donandi*. Según PLANIOL, tal concepción es falsa porque es imposible separar el *animus donandi* de esos motivos o razones psicológicas. El *animus donandi* no es un hecho abstracto ni general, sino referido a las razones psicológicas atinentes a un determinado donatario. Una persona dona algo a otra porque ésta es su hijo, o un amigo estimado, o porque el donatario va a contraer matrimonio. Además, decir que la causa de la obligación es el *animus donandi* es una verdadera tautología, pues decir que se dona porque se tiene la intención de donar, no es añadir ningún concepto nuevo ni explicativo y sólo pone de relieve el principio consensual del contrato, que para la existencia de la donación se requiere el consentimiento.

2. El concepto de causa es inútil

(1074) *El concepto de causa es inútil, pues si su utilidad consiste en anular contratos por ausencia de causa, a ello puede llegarse mediante otros razonamientos válidos y perfectamente claros.* Para ello, PLANIOL analiza los casos de utilidad planteados por la teoría clásica, a saber:

A. En los contratos bilaterales, según los clásicos, la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra parte y su

utilidad se pone de manifiesto porque si una de las partes no cumple su obligación, la otra parte queda liberada de la suya porque su obligación deja de tener causa. Para Planiol, se puede llegar a la misma conclusión utilizando el adverbio "recíprocamente", utilizado por el artículo 1134 del Código Civil: "El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga, y *bilateral cuando se obligan recíprocamente*". Teniendo en cuenta que las obligaciones son recíprocas, ello explicaría por qué la parte a la que no se le ha cumplido su obligación, puede quedar exonerada de cumplir la suya.

B. En los contratos reales, cuando no ha habido entrega de la cosa, el *solvens,* según los clásicos, queda liberado de su obligación porque ésta no tiene causa. Para Planiol, no es necesario usar la idea de causa: el *solvens* no queda liberado de su obligación, sino simplemente nunca ha tenido esa obligación, nunca ha estado obligado, porque la obligación jamás ha existido; la entrega de la cosa es indispensable para que hubiera nacido la obligación.

C. En las liberalidades, para los clásicos, la causa es el *animus donandi,* de modo que si falta éste la obligación del donante no es válida por carecer de causa. Para Planiol, si no existe el *animus donandi,* no existe contrato porque simplemente no ha habido consentimiento.

D. *El concepto de causa es inútil porque si la noción de causa sirve para anular contratos por causa ilícita, a esos mismos efectos puede llegarse sin dicha noción.*

Para la tesis clásica, un contrato en virtud del cual A se compromete a pagar una suma de dinero a B para cometer un homicidio, es nulo porque la obligación que le sirve de causa es ilícita (cometer un homicidio).

Para Planiol no es necesario tal razonamiento, pues la obligación de A es nula por objeto ilícito, ya que el objeto de la obligación de A no es sólo "pagar una suma de dinero", sino "pagar una suma de dinero para matar a otra persona", lo que hace ilícito su objeto y nula dicha obligación.

IV. LA TEORÍA NEOCAUSALISTA

1. Los rasgos de la teoría neocausalista

(1075) HENRI CAPITANT, en respuesta a las críticas de los anti-causalistas, a través de un análisis de la jurisprudencia francesa que siguió utilizando el concepto de causa, reestructuró los fundamentos de la teoría clásica de la causa, originando así la teoría neocausalista.

De una manera general podemos señalar como rasgos característicos de la teoría neocausalista los siguientes:

1° Se considera la causa como elemento de la obligación, intrínseco al contrato, siguiendo los postulados de la tesis clásica.

2° Al igual que la tesis clásica distingue los fines inmediatos perseguidos por una persona al obligarse, que es la causa, de los fines mediatos perseguidos por los contratantes que constituyen los motivos, que son variables y de índole psicológico. Como consecuencia, los neocausalistas consideran la causa como elemento invariable en cada tipo de contrato, al igual que la tesis clásica.

No obstante ese carácter invariable atribuido a la causa frente a los motivos, no por ello los neocausalistas admiten un divorcio total o absoluto entre uno y otro; por el contrario, afirman que la causa es un elemento subjetivo que viene a completar el consentimiento del que se obliga. Para HENRI CAPITANT, la diferencia entre causa y motivo consiste en que el motivo psicológico que determina a cada contratante a obligarse no forma parte del acuerdo de voluntades y por lo tanto no es conocido por la otra parte; en cambio, la causa de la obligación de una de las partes contratantes sí sería conocida por la otra parte, si así se desprende de la naturaleza del contrato o está determinada por el acuerdo de voluntades.

Esta concepción de la causa con un tinte ligeramente subjetivo es lo que se ha denominado concepción subjetiva o convencional de la causa y se aplica con frecuencia en las decisiones de la jurisprudencia

francesa, constituyendo una de las aportaciones del neocausalismo a la teoría de la causa. Se fundamenta principalmente en criticar la teoría de la causa clásica su concepción acerca de los motivos. Si los motivos o impulsos psicológicos no tienen ninguna trascendencia ni importancia jurídica, pues lo que importaría sería la causa –o sea, los motivos inmediatos, que son invariables en cada tipo de contratos–, entonces no habría en general contratos nulos por causa ilícita, porque la causa o fin inmediato perseguido por las partes siempre sería lícita, aun cuando los motivos fuesen inmorales o ilícitos. Por ejemplo: en un contrato de arrendamiento para instalar una casa de tolerancia, la causa de la obligación de cada una de las partes sería lícita (causa de la obligación del arrendador, obtener la pensión de arrendamiento; causa de la obligación del arrendatario, adquirir el goce y disfrute de la cosa arrendada) y entonces no se podría anular dicho contrato por causa ilícita, pues lo que sería ilícito serian los motivos y no la causa. Ello explica por qué los neocausalistas tienden, mediante la concepción subjetiva de la causa, a acercar más este concepto a la idea de motivo.

Con justicia a Henri Capitant se le ha denominado el padre del neocausalismo, cuyos lineamientos y contenido desarrolla en una profunda monografía titulada "De la causa de las obligaciones", en la cual expone las concepciones fundamentales de la causa y rebate las tesis anticausalistas.

Para Capitant, la causa es un elemento de la obligación, un elemento intrínseco al contrato y no un elemento del contrato, y los problemas que pretenden resolver algunos autores utilizando la causa como elemento del contrato, pueden ser resueltos utilizando la causa como elemento de la obligación, necesaria para el perfeccionamiento del contrato, pero que perdura por toda la vida de la obligación.

Capitant rebate las tesis anticausalistas y lo hace desde dos puntos de vista, a saber: 1º La causa no es una noción falsa. 2º La causa no es una noción inútil.

2. La causa no es una noción falsa

(1076) Para demostrar este postulado, CAPITANT emprende una verdadera reestructuración de la concepción clásica de la causa, analizando y revisando este concepto en los mismos tipos de contratos referidos por la tesis clásica y la tesis anticausalista, a saber:

A. La causa en los contratos bilaterales o sinalagmáticos

(1077) Para los clásicos, la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra parte. Tal concepción fue criticada y tachada de falsa por la teoría anticausalista alegando en primer término, que si ello fuera así, cuando una de las partes dejara de cumplir su obligación, la otra siempre quedaría obligada a su vez con la suya, pues ésta siempre seguiría teniendo causa, ya que la obligación que se incumple sigue existiendo aun cuando no se ejecute. En segundo lugar se dijo que es un contrasentido, pues una obligación no puede ser causa y efecto de otra obligación.

Para rebatir esta tesis anticausalista CAPITANT corrige la tesis clásica y afirma *que en los contratos bilaterales la causa de la obligación* de *una de las partes no es la obligación de la otra parte, sino el cumplimiento de la obligación de la otra parte;* así no hay lugar a la objeción anticausalista, pues cada parte persigue el cumplimiento de la otra parte, y si ese cumplimiento no se produce, la obligación de la contraparte deja de tener causa. Por ejemplo: en un contrato de venta el vendedor persigue, no que el comprador asuma la obligación de pagar el precio, sino que efectivamente le pague ese precio; si el comprador no paga el precio, el vendedor puede considerarse relevado de su obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida porque la causa de su obligación dejó de tener causa.

Con esta concepción CAPITANT explica la teoría de los contratos bilaterales: la acción resolutoria, la excepción non *adimpleti contractus* y la teoría de los riesgos, a saber: *Primero:* En la acción resolutoria, la parte a quien no se le ha cumplido puede pedir la terminación del

contrato, pues su propia obligación ha quedado sin causa; *Segundo:* En la excepción *non adimpleti contractus,* la parte a quien la contraparte pretende exigirle el cumplimiento sin a su vez haber cumplido con su obligación, puede ser liberada temporalmente de su obligación mientras la contraparte no cumpla a su vez con la suya; *Tercero:* En la teoría de los riesgos, la parte a quien su contraparte no le pueda cumplir la obligación debido a un caso fortuito o de fuerza mayor, queda liberada de la suya.

Capitant no sólo define la causa en los contratos bilaterales, sino que enumera y analiza algunos tipos de contratos sinalagmáticos causa es compleja, porque está constituida no sólo por el cumplimiento de la obligación de la otra parte, sino además por una finalidad especial perseguida por las partes. Ello ocurre:

1º En los contratos aleatorios que sean a su vez sinalagmáticos, la causa de la obligación de una de las partes no es sólo el cumplimiento de la obligación de la otra parte, sino también el álea, o sea, el hecho casual del cual dependen los efectos y la extinción de las obligaciones (renta vitalicia, seguro). En estos contratos sinalagmáticos aleatorios, si desaparece el álea, las obligaciones dejan de tener causa y por lo tanto desaparece el deber jurídico de cumplimiento.

2º En los contratos sinalagmáticos en los cuales los contratantes persiguen un fin común a ellos, la causa de la obligación de cada una de las partes no es sólo el cumplimiento de la obligación de la otra parte, sino el fin común perseguido; así ocurre en el contrato de sociedad y ello explica que si esa finalidad común es ilícita (sociedad constituida para explotar el expendio y tráfico de drogas), la sociedad sea nula por causa ilícita, o que si la finalidad no puede alcanzarse, la sociedad se extingue por faltar la causa (ver art. 1673, ordinal 2º del Código Civil).

3º En los contratos sinalagmáticos *intuitu personae,* la causa está constituida, además, por las cualidades relevantes o especiales de una de las partes. Ello explica, según Capitant, por qué cuando se incurre en error en la persona, el contrato es anulable.

4º En los contratos de doble causa, como aquel que efectúa un heredero para cumplir la voluntad de un testador no sabiendo que el testador había revocado su voluntad en un acto posterior, el contrato es anulable si la otra parte conocía que el contrato se efectuaba en cumplimiento de la primera de las voluntades referidas; pero si tal circunstancia era desconocida para esa otra parte, entonces no es anulable, porque tal circunstancia ya no sería causa sino motivo.

B. La causa en los contratos reales

(1078) Para los clásicos, en los contratos reales la causa de la obligación del *solvens* es la previa entrega de la cosa. Los anticausalistas critican que la tesis clásica cambia aquí el concepto de causa, volviendo al criterio romano de confundir la causa con la formalidad de tales contratos. Dado lo fuerte de la crítica, CAPITANT para desvirtuarla, ataca el propio concepto o figura del contrato real. Manifiesta que tales contratos era explicable que existiesen en el Derecho Romano, de carácter eminentemente formalista y en donde la manifestación de voluntad era secundaria en comparación con la formalidad, pero son un anacronismo en el Derecho Moderno, en donde impera el principio de la autonomía y libre manifestación de la voluntad.

Para CAPITANT, el mutuo, el comodato y la prenda son contratos consensuales y sinalagmáticos, en los cuales una parte se obliga a entregar una cosa y la otra a devolvérsela, y no existe razón seria para considerar que su propia naturaleza exija la previa entrega de la cosa, pues lo mismo podría exigirse entonces en el arrendamiento y en otros contratos en donde se entrega una cosa para ser devuelta. Tal concepción, para CAPITANT, armoniza con la práctica y costumbres, pues para el préstamo de dinero las partes convienen previamente en los términos del préstamo antes de que se entregue suma alguna.

Al reducir los contratos reales a contratos bilaterales sinalagmáticos salvo al depósito, CAPITANT les aplica el mismo concepto de causa general a este tipo de contratos bilaterales: la causa de la

obligación de una de las partes es el cumplimiento de la obligación de la otra parte. Para Capitant no se cambia el concepto de causa, sino que se sigue aplicando el concepto con la misma homogeneidad anteriormente explicada respecto de los demás contratos, es decir, en el sentido de causa final y no de formalidad.

Sólo el depósito sigue siendo para Capitant un contrato unilateral, porque la promesa de depósito gratuito sólo obliga al depositario a prestar el servicio de guardar y custodiar una cosa, pero no para el depositante, porque para éste representa sólo un beneficio y el depositario no tendría interés en exigirle al depositante la entrega de la cosa sino cuando para él sea provechoso. El fin o causa que persigue el depositario al obligarse no es el depósito en sí, sino prestarle un servicio gratuito al depositante, por lo que la causa sigue siendo empleada como causa final.

C. La causa en las liberalidades

(1079) Para los clásicos, en las liberalidades (contratos gratuitos en los cuales una de las partes se empobrece en beneficio de la otra parte, en contraposición con los contratos gratuitos desinteresados, en los cuales una de las partes beneficia a la otra pero sin empobrecerse) la causa es el *animus donandi* (deseo de donar); para los anticausalistas, tal concepto es falso, porque no se puede concebir un *animus donandi* desprovisto de motivos, no puede separarse en forma abstracta ese *animus donandi* de sus motivos; además si se admitiera ese *animus donandi* abstracto, se confundiría con el consentimiento. Para Capitant, la causa no es el *animus donandi* abstracto, sino un *animus donandi* referido al beneficiario, al donatario, pues en toda liberalidad debe distinguirse el hecho de donar, el hecho de obligarse, por una parte, y el fin por el cual se efectúa ese hecho de donar. Por ejemplo: si una persona A se obliga a pagar Bs. 20.000,oo, realiza un acto en el cual existe consentimiento (voluntad de obligarse) y objeto (pagar Bs. 20.000,oo); pero para saber si estamos en presencia de una liberalidad, es necesario indagar si esa persona quiere pagar esa suma sin

contrapartida o contraprestación alguna; si es así, existe el *animus donandi,* circuntancia que le imprime carácter de donación al acto, lo que configura entonces su verdadera causa, elemento distinto del consentimiento.

3. La causa es una noción necesaria

(1080) Para rebatir la segunda postura de la tesis anticausalista, aquella que manifiesta que la causa es inútil, CAPITANT analiza diversos tipos de contratos y algunas de las soluciones del Código Civil que sólo se explican por la noción de causa.

A. La causa es necesaria para explicar determinados efectos de los contratos bilaterales, a saber

a) La acción resolutoria, la excepción *non adimpleti contractus* y los efectos liberatorios de la teoría de los riesgos. Para CAPITANT, los efectos liberatorios y suspensivos característicos de estas tres figuras, tienen su fundamento en el concepto de causa. Siendo la causa de la obligación de las partes el cumplimiento de la obligación de la otra parte, cuando esta última obligación no se ejecuta por cualquier causa, la obligación de la otra parte deja de tener causa y queda liberada de su cumplimiento.

PLANIOL pretendió explicar estos efectos mediante la idea de reciprocidad de las obligaciones surgidas de un contrato bilateral, idea proveniente de la regla de correlación entre esas obligaciones. CAPITANT expresa que la idea de reciprocidad de las obligaciones de un contrato bilateral es la noción de causa expuesta en forma distinta.

b) Determinados efectos de los contratos sólo pueden explicarse mediante la noción de ausencia de causa.

La ausencia de causa puede ser total o parcial. Total, cuando la causa desaparece íntegramente, y parcial, como su nombre lo indica, es cuando la causa desaparece en parte. En tales situaciones las partes

pueden quedar, bien liberadas totalmente en sus obligaciones, o bien liberadas parcialmente. Así tenemos:

B. Casos de ausencia total de causa

(1081) a) En la venta, cuando en el momento de la misma la cosa ha perecido en su totalidad, el contrato es inexistente (art. 1485 del Código Civil).

b) En los contratos sinalagmáticos aleatorios, si desaparece el álea, el contrato se extingue. Ello explica la nulidad. Eso ocurre en el contrato de renta vitalicia cuando es constituida por la vida de una persona ya muerta cuando se celebró el contrato (art. 1794 del Código Civil).

Es conveniente observar que la ausencia de causa puede ocurrir o presentarse tanto en el momento de perfeccionarse el contrato como en los casos de venta de una cosa inexistente y de renta vitalicia, como en el curso o desenvolvimiento del contrato y entonces también producirá como efecto la extinción de las obligaciones respectivas. La acción resolutoria, la excepción *non adimpleti contractus* y la teoría de los riesgos sólo son casos de ausencia de causa sobrevenida después de celebrado el contrato.

C. Casos de ausencia parcial de causa

(1082) a) En la venta, si en el momento de la misma ha perecido parte de la cosa, el comprador puede elegir entre desistir del contrato o pedir la parte existente, determinándose su precio mediante expertos (art. 1485, 2º párrafo).

b) En el arrendamiento, cuando perece totalmente la cosa arrendada queda resuelto el contrato; si se destruye en parte, el arrendatario puede pedir la resolución del contrato o la disminución del precio (art. 1588).

D. Error en la causa

(1083) Determinadas nulidades de los contratos se explican porque se incurre en error en la causa o porque la causa es ilícita.

Para CAPITANT, aplicando el concepto de causa, se explican:

a) La anulabilidad, en materia civil, del contrato de venta de la cosa ajena (art. 1483 del Código Civil), porque el comprador incurre en un error en la causa, pues se obligó suponiendo que el vendedor podría transmitirle la propiedad de la cosa.

b) Las nulidades consagradas por el legislador para la transacción cuando se fundamenta sobre documentos que después se reconocen como falsos (art. 1721 del Código Civil); o la que recae sobre un litigio que ya estaba decidido por sentencia ejecutoriada, si las partes o alguna de ellas no tenían conocimiento de la sentencia (art. 1722 del Código Civil).

c) Todos los casos de nulidad por error, de derecho o de hecho, trátese de error en la sustancia o en la persona (arts. 1147 y 1148 del Código Civil), son casos de error en la causa.

d) En los actos de última voluntad, el error sobre los motivos determinantes, que no es más que un error en la causa y acarrea su nulidad (art. 896 del Código Civil).

E. Nulidad por causa ilícita

(1084) Los contratos cuyas obligaciones tengan causa ilícita son nulos. Para PLANIOL, tal efecto no era necesario explicarlo mediante el concepto de causa ilícita, por varias razones: *Primera:* Porque la nulidad podía conseguirse mediante la aplicación de la noción de objeto ilícito. *Segunda:* Porque el artículo 6º del Código Civil es un sustitutivo de la causa cuando dispone como norma general que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia

estén interesados el orden público o las buenas costumbres. *Tercera:* Porque siendo la causa invariable en cada contrato y no abarcando sino los llamados fines inmediatos perseguidos por las partes al obligarse y no los fines mediatos o motivos psicológicos, la causa siempre sería lícita en cada tipo de contrato, ya que lo que sería ilícito serian los motivos, los cuales son distintos de la noción de causa.

Capitant rebate las críticas de los anticausalistas con las siguientes observaciones:

a) Decía Planiol que si una persona se obliga a pagar dinero a otra para matar a un tercero, la obligación era nula por objeto ilícito, pues "pagar dinero para matar a otro" es un acto ilícito. Esta crítica, la más débil de Planiol, "es fácilmente rebatible porque en dicho caso el objeto de la obligación es pagar una suma de dinero", pura y simplemente; el elemento final "*para matar a otro*" no forma parte del objeto, sino de los fines perseguidos al contratar, o sea, de la causa.

b) Si bien el artículo 6º del Código Civil es un fuerte competidor de la causa, no puede llegar a sustituirla, por cuanto dicho artículo sólo comprende los actos que violen leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres, no comprende los actos que no están tutelados por textos legales expresos. Dichos actos serían nulos sólo por causa ilícita. Así ocurriría con la obligación de un cónyuge de pagar una suma de dinero al otro cónyuge para que éste se separe de hecho. En tal caso el artículo 6º del Código Civil no sería eficaz, porque en el punto referido no se está violando ninguna ley expresa, y es necesario acudir a la idea de causa ilícita para obtener su nulidad.

c) La tercera crítica es eludida por Capitant cuando admite una variante de la tesis clásica de la causa, pues para Capitant la causa no tiene un carácter abstracto sino subjetivo o psicológico, en donde los fines, aun los mediatos, deben tenerse en cuenta para fijar la noción. Siendo así, la causa sí variaría según los fines perseguidos por cada una de las partes; y si el fin perseguido es ilícito, la causa de la obligación también lo sería y el contrato estaría afectado de nulidad.

d) En los contratos unilaterales la causa es necesaria para explicar jurídicamente determinados efectos.

Los contratos unilaterales son divididos por CAPITANT en contratos unilaterales de beneficencia y en contratos unilaterales onerosos. En los de beneficencia, el deudor se obliga porque quiere prestar un servicio a aquel con quien contrata, o a una tercera persona (depósito, mandato gratuito, fianza en servicio de un deudor o de su acreedor, delegado que se obliga en interés del delegante). En los unilaterales onerosos, el deudor persigue satisfacer un interés personal (promesa de venta, de arrendamiento, de novación, etc.). En las liberalidades, tercer tipo de contrato unilateral, la causa es, como ya hemos afirmado, el *animus donandi*.

La causa presenta una gran utilidad en estos contratos. Así tenemos:

Primera: Para anular contratos cuando el promitente se engaña acerca de la existencia del fin que se propone alcanzar, pues ello constituye un caso de error en la causa (heredero que en cumplimiento de un testamento paga un legado y luego descubre que el legado había sido posteriormente revocado por el testador. El heredero puede obtener la nulidad del legado cumplido).

Segunda: Para anular contratos por ausencia de causa, como la donación efectuada con vistas a un matrimonio futuro que no se realiza. Puede pedirse la nulidad por ausencia de causa.

Tercera: Para anular contratos por causa ilícita. En general, las promesas unilaterales que tienen causa ilícita son efectuadas para obtener una prestación ilícita de la otra parte, de modo que de hecho encierran un contrato sinalagmático; por ejemplo, quien unilateralmente se compromete a pagar una cantidad de dinero a su concubina para obtener que no escandalice el día de la boda del promitente. En las liberalidades puramente graciosas, es difícil encontrar casos de causa ilícita, porque la causa es el *animus donandi;* sin embargo, hay casos en que ese *animus donandi* está íntimamente vinculado con los motivos; al ser éstos ilícitos, la causa o *animus donandi* es también

ilícita y la donación es nula (ejemplo, donación de una suma de dinero para que el cónyuge se separe de hecho).

Cuarta: Por último, sostiene Capitant que la utilidad de la noción de causa es fundamental, no sólo para el momento del perfeccionamiento del contrato, sino durante el desarrollo del contrato.

a) En el perfeccionamiento del contrato, porque el acreedor de una obligación debe demostrar, no sólo que tal obligación proviene de un contrato, sino que su obligación tiene causa y causa lícita, aun cuando, como veremos más adelante, el legislador lo releva de tal prueba (art. 1158, segundo párrafo).

Igualmente, la obligación sólo es válida cuando el fin perseguido es posible y lícito.

b) En el desarrollo de los contratos la causa es útil para fundamentar la acción resolutoria, la excepción *non adimpleti* y los efectos liberatorios de los riesgos.

4. Otras doctrinas francesas sobre la causa

A. Doctrina de Josserand

(1085) Josserand considera que la concepción clásica de la causa es demasiado estrecha al tomar en cuenta solo la finalidad inmediata de su compromiso, dejando a un lado los móviles concretos, individuales, que considera los más interesantes, los más vitales. Dice que la jurisprudencia ha reaccionado contra esta teoría al tomar en consideración la causa "impulsiva y determinante", los móviles individuales que han impulsado a las partes a contratar. En los contratos a título gratuito, especialmente en la donación, la voluntad del disponente es preponderante, y basta que uno de sus motivos sea ilícito para que deba anularse el contrato. En cambio, en los contratos a título oneroso, no basta que el motivo de una de las partes sea ilícito para que la causa sea ilícita (por ejemplo, quien compra un inmueble para destinarlo a un prostíbulo) es necesario que el motivo sea común.

B. Doctrina de RIPERT

(1086) Cuando el contrato ha sido el medio para obtener una finalidad ilícita, el motivo determinante, individual, concreto es considerado como causa de la obligación y su ilicitud implica la anulación del contrato.

En el terreno de la ausencia de causa es imposible conocer los motivos individuales y concretos; el motivo determinante para establecer la existencia de la causa es el mismo en cada tipo de contrato; es la finalidad inmediata.

Considera que la concepción de la teoría clásica es suficiente para resolver los problemas de ausencia de causa. Para esta concepción de la causa esta es siempre la misma para cada tipo de contrato: es la consideración de una ventaja material. Para develar la verdadera causa y determinar su ilicitud será necesario tener en cuenta la voluntad real de las partes.

Al confundir la causa con los motivos para determinar la ilicitud de la causa, bastaría que uno de los motivos de una de las partes sea ilícito junto con otros motivos lícitos para que el contrato deba anularse, lo que va en contra de la estabilidad de los contratos, razón por la cual la tesis de RIPERT no ha tenido mayor acogida en la doctrina.

C. Teoría de MAURY

(1087) Considera que hay dos concepciones posibles de la causa: una objetiva, la razón de ser económica de la obligación; otra subjetiva, que es el motivo que el derecho tiene en consideración, que se unifican en el concepto del "equivalente querido" por las partes, es el "motivo jurídicamente suficiente", concepción subjetiva de la causa. El derecho francés rehusa dar efectos a la voluntad individual abstracta, desnuda, se toma en cuenta la voluntad motivada.

En los contratos a título oneroso, el equivalente querido es la contrapartida deseada; en los gratuitos al no existir el equivalente querido, hay además el motivo determinante de la voluntad del donante.

Distingue así la ausencia de causa de su ilicitud.

La existencia de la causa como condición para el nacimiento de la obligación es un sistema de protección individual; a través de la ilicitud de la causa está dirigida a la protección del orden social.

5. Conclusiones

(1088) De la evolución de la teoría neocausalista, la doctrina y la jurisprudencia francesas; llegan a una concepción dualista de la causa: causa de la obligación, elemento intrínseco, constituido por el equivalente moral o económico perseguido por las partes (concepción más bien objetiva); y causa del contrato, desde el punto de vista de la licitud o moralidad del contrato en su conjunto, que es el motivo común de los contratantes en los contratos onerosos y el motivo determinante del autor de la liberalidad (concepción subjetiva).

Tanto la jurisprudencia francesa, como la mayor parte de su doctrina contemporánea (Ripert, Mazeaud, De Page, Marty, Ghestin, Starck, Terré) acogen una concepción dualista de la causa.

V. Doctrina italiana sobre la causa

(1089) La doctrina moderna italiana considera que la causa es un elemento objetivo del contrato: es el fin económico social que cumple el contrato, es la función a que el negocio, objetivamente considerado, se dirige; función reconocida y protegida por el Derecho, por existir un interés plausible, socialmente atendible, en el cambio de la situación existente, sin lesionar el derecho ajeno.

El acuerdo de voluntades producirá los efectos permitidos por el Derecho, o no producirá ninguno. Si las partes en el contrato en concreto lo celebran cumpliendo el fin económico social del contrato, este produce los efectos queridos por las partes, pero si se desvía de esa función, carece de efectos, por perseguir una finalidad distinta de la contemplada por el Derecho. Así, el contrato de compra-venta tiene

como función cambiar una cosa por dinero; si la cosa no existe en un contrato en concreto, entonces no cumple esa función, deja de tener causa.

La causa del contrato sirve para calificar el tipo de contrato, al cumplir la función económico social que el Derecho considera y protege. Cada tipo de contrato tiene una causa y en abstracto no puede dejar de tenerla; pero en un contrato en concreto puede faltar cuando las partes se desvían de la función económico social que le atribuye la Ley.

En los contratos atípicos habría que determinar si la finalidad económica social que persigue el contrato esta o no permitida por el ordenamiento jurídico.

Los motivos son un elemento subjetivo y personal, que impulsan a la persona a contratar, son de las mas variada naturaleza para cada una de las partes y no influye en la causa como elemento objetivo del contrato. Los motivos son irrelevantes, excepto si forman parte de la voluntad contractual.

Parte de la doctrina italiana (MESSINEO) acepta el concepto de causa de la obligación, pero no como elemento del contrato. La causa de la obligación es el fundamento jurídico del deber de cumplimiento; hay una fuente de la obligación que justifica el derecho del acreedor a obtener la prestación y el deber del deudor de cumplirla. La causa de la obligación se aplica a todas las fuentes de las obligaciones, y no solo a la obligación nacida del contrato.

Como elemento de la obligación debe subsistir hasta su cumplimiento, que es el interés del acreedor en la prestación; en cambio, la causa del contrato opera necesariamente antes o coetáneamente a la formación del contrato. Por ello tienen efectos distintos la ausencia de causa del contrato y de la obligación.

Cuando las partes persigan una finalidad económica contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, el contrato es ilícito y no produce efectos, por ser la ilicitud un atentado directo, una ofensa al ordenamiento jurídico. También es ilícito el

contrato en concreto que tenga una finalidad contraria a los principios fundamentales de los intereses generales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado. En consecuencia, el juez tiene amplias facultades para declarar ilícito el contrato, pues basta que a su juicio se oponga a esos principios generales inspirados en los fines sociales de la economía dirigida.

Si las partes se desvían de la función económico social del contrato es porque el contrato en concreto va dirigido a una finalidad distinta de la que admite el ordenamiento jurídico, el cual no permite subsistir al contrato en concreto que no responde a los fines previstos por el derecho objetivo.

A esta concepción objetiva de la causa del contrato, se le critica que bastan las normas legales que ordenan la producción y distribución de la riqueza en función del dirigismo económico y social, para cumplir tales fines; y darle tan amplias facultades al Juez para declarar la ilicitud, atenta contra la seguridad y estabilidad del contrato.

Capítulo 30
SECCIÓN SEGUNDA
DISPOSICIONES LEGALES SOBRE LA CAUSA Y SU APLICACIÓN

SUMARIO

I. AUSENCIA DE CAUSA. 1. Posición de la doctrina y jurisprudencia francesa. 2. Ausencia de causa, causa falsa y error en la causa. II. ILICITUD DE LA CAUSA. 1. Concepto. 2. Aplicación por la jurisprudencia. 3. La regla "Nemo Auditur". 4. Su consagración en el Código Civil de 1942.- III. CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS ABSTRACTOS. 1. Concepto. 2. Grado de abstracción. 3. Conclusiones. IV. LA PRUEBA DE LA CAUSA. 1. Disposición legal. 2. Carácter de la presunción. 3. El juicio Dib-Ramia.

I. Ausencia de causa

1. Dualidad de la noción de causa

(1090) Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia francesa, podemos afirmar que no hay un concepto unívoco de la causa. La dualidad de noción de causa, aun cuando todavía con muchas imprecisiones que continuarán produciendo controversias en la doctrina, ha servido para fundamentar numerosas decisiones en la jurisprudencia francesa.

Para analizar la ausencia de causa se utiliza la causa de la obligación, elemento intrínseco que es el mismo para cada tipo de contrato, siendo esta noción suficiente para determinar la nulidad del contrato por ausencia de causa. En cambio, para calificar la licitud o no de la causa, debe recurrirse a la causa del contrato, como elemento extrínseco al contrato, que le permitirá al juez examinar los fines comunes de las partes al contratar, los móviles o motivos determinantes de la voluntad de las partes.

2. La ausencia de Causa

(1091) En la doctrina tradicional, siguiendo el texto del artículo 1157 del Código Civil, se distingue la ausencia de causa de la falsedad de la causa, que puede ser espontanea (error en la causa), o intencional (causa simulada). Sin embargo, hoy en día se excluye del concepto de causa respecto de la simulación que tiene una regulación propia y efectos distintos a los de la ausencia o falsedad de la causa.

El error en la causa constituye más bien un vicio del consentimiento, que exige determinados requisitos para su procedencia y su efecto es la anulabilidad o nulidad relativa del contrato, en vez de la nulidad absoluta, sanción de la ausencia de causa.

Para analizar la utilidad práctica de la noción de ausencia de causa, tal como la ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, debemos referirnos a los diversos tipos de contratos y situaciones:

a) En relación a los contratos sinalagmáticos conmutativos, se han fundamentado en la ausencia de causa algunas normas del Código Civil: "Si en el momento de la venta la cosa vendida ha perecido en su totalidad la venta es inexistente" (Art. 1485 CC). "Si el tercero escogido no quiere o no puede hacer la determinación del precio, la venta es nula" (Art. 1479 CC). En estos casos, la teoría clásica de la causa puede explicar satisfactoriamente la inexistencia de la obligación correlativa: si la cosa ha perecido, la obligación de pagar el precio no existe; si el

precio es indeterminable, se extingue la obligación de transferir la propiedad.

En el contrato de sociedad, hay ausencia de causa cuando es imposible realizar el negocio común, la finalidad perseguida (Art. 1673, ord. 2º CC).

En las liberalidades, hay ausencia de causa, en la donación hecha en consideración a un matrimonio futuro, si el matrimonio no se verifica (Art. 1450 CC).

Aplicando la teoría neocausalista de Capitant, para quien la causa debe subsistir durante la vida del contrato se explica que: "Si durante el contrato perece totalmente a cosa arrendada, queda resuelto el contrato" (Art. 1588 CC).

La jurisprudencia, especialmente la francesa, extiende el concepto de ausencia de causa cuando el precio es irrisorio, o cuando el arrendatario ha renunciado a ejercer cualquier acción contra el arrendador (en cuyo caso no podría exigir el cumplimiento de la obligación del arrendador de hacerle gozar la cosa) y otros semejantes.

En los contratos conmutativos aleatorios se considera que hay ausencia de causa, si el acreedor de una renta vitalicia muere antes de la celebración del contrato (Art. 1794 CC), o si la persona cuya vida es asegurada ya ha fallecido al momento de la celebración del contrato (Art. 583 C Com), o si las cosas que han corrido el riesgo, se han salvado o perecido (Art. 552, ord. 4º C. Com).

La jurisprudencia francesa ha extendido los supuestos legales en base a la ausencia de causa: cuando era inminente la muerte de la persona a favor de quien se ha constituido la renta vitalicia, o cuando el arrendamiento del inmueble dado para constituirla es mayor o equivalente al monto de la renta, pues hay ausencia de riesgo.

En la jurisprudencia francesa, se ha declarado nula por ausencia de causa la pensión suplementaria otorgada al administrador de una sociedad por sus buenos servicios (donación remunerativa) al descubrirse que el empleado había ocultado dolosamente el hecho de que se iría a trabajar con un competidor.

La noción de ausencia parcial de causa ha sido utilizada para reducir el monto de la prestación correlativa: disminución de los honorarios médicos excesivos en relación a los servicios prestados; decisión criticada por la doctrina pues es una manera de darle efectos generales a la lesión.

Siguiendo a CAPITANT, algunos autores explican la teoría del contrato bilateral por la ausencia de causa, como elemento que debe subsistir durante la vida del contrato ("la causa es el cumplimiento de la obligación de la otra parte"). En general, la jurisprudencia francesa considera que la causa debe existir en el momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, en ciertos casos excepcionales, para determinar cual ha sido la intención de las partes, el juez podrá examinar la conducta posterior de las partes.

II. ILICITUD DE LA CAUSA

1. Concepto

(1092) La doctrina, y especialmente la jurisprudencia francesa, utiliza el concepto de causa del contrato para determinar la ilicitud de la causa. No es la causa del contrato como finalidad económico social que el derecho le atribuye (concepción objetiva de la causa del contrato acogida por la doctrina italiana), sino el móvil, los motivos determinantes que han impulsado a las partes a contratar (concepción subjetiva). Si bien algunos autores consideran que los móviles pueden ser exclusivos de una sola de las partes, la doctrina predominante y la jurisprudencia exigen, o bien que el motivo determinante sea común, o que haya sido del conocimiento de ambas partes, o por lo menos que la otra parte haya podido conocerlo, observando la diligencia de una persona normal, que obliga a cada parte a informarse de los elementos del contrato, obligación que se deriva del principio de la buena fe en la ejecución de los contratos.

Algunos autores consideran que es necesario determinar la influencia que el motivo ilícito o inmoral ha ejercido sobre la voluntad de los contratantes excluyendo los íntimos motivos que una sola de las partes han tenido al celebrar el contrato.

De esta manera se concilia el principio de la estabilidad de los contratos, de la seguridad jurídica, con el principio de no darle efectos jurídicos a los actos ilícitos.

2. Aplicación por la jurisprudencia

(1093) La jurisprudencia francesa ha declarado la nulidad del contrato por causa ilícita, entre otras, en los casos siguientes: donación hecha por un cónyuge a otro para que convenga en la disolución del matrimonio, donación hecha a la concubina para continuar el concubinato, en cambio mantienen la validez de la donación hecha para terminar el concubinato, la venta de un prostíbulo, el arrendamiento de un inmueble para instalar una casa de tolerancia, el préstamo de dinero para invertirlo en juegos de azar, presumiendo esa finalidad cuando el préstamo se hace en una casa de juegos; el pago de una remuneración a un empleado público para obtener la adjudicación de un contrato.

Por lo que respecta a la causa ilícita, si bien en principio y analizando lo dispuesto en el segundo párrafo del mismo artículo citado debe deducirse que nuestro legislador se refiere a la causa como elemento de la obligación, existe quien sostiene que dado que la causa de las obligaciones es siempre invariable, no hay posibilidad de existir causas ilícitas, por lo menos en el contrato nominado, ya que la causa de la obligación, considerada en su aspecto objetivo, siempre será la misma. Por lo tanto, cuando nuestro legislador habla de causa ilícita, se está refiriendo a la causa como elemento del contrato y no como elemento de la obligación.

3. La causa inmoral y la regla *Nemo Auditur*

(1094) Cuando la causa no viola el orden público ni la Ley sino las buenas costumbres, la parte que ha cumplido su obligación no puede repetir lo pagado, a menos que de su parte no haya habido violación de aquéllas (art. 1157). Esta norma se explica por ser la aplicación del adagio *"in pari causa turpitudinis melior est condictio posidentis"* (en igualdad de causas torpes, es mejor la condición del que posee). En caso, pues, de que ambas partes hubiesen actuado torpemente, se prefiere a la parte que posee, o sea, que cada parte tiene derecho a gozar y retener la prestación que ya se le hubiese cumplido. Es por ello que quien cumplió su obligación violando las buenas costumbres no puede repetir; en cambio, quien cumplió su obligación sin violar las buenas costumbres sí puede repetir al conocer la finalidad ilícita de la otra parte. De esta manera, se disuade a quien violó las buenas costumbres a pedir la nulidad del contrato y exigir el reintegro de las sumas pagadas a la parte que ignoraba la inmoralidad de la causa. Así, quien ha alquilado una casa para instalar en ella un prostíbulo, ignorándolo el arrendador, no podrá pedir la restitución de los alquileres pagados. Si ambas partes violan las buenas costumbres, ninguna de ellas puede repetir y en consecuencia pierden las prestaciones que hayan cumplido; si una sola de ellas violó las buenas costumbres no puede repetir la prestación cumplida, pero la parte que no incurrió en torpeza sí puede repetir la prestación que hubiese cumplido.

En el Derecho Moderno, la máxima romana mencionada es sustituida por una más general, la llamada regla *nemo auditur (nemo auditur propriam turpitudinem allegans):* nadie puede alegar su propia torpeza), regla también de origen romano y que inspira directamente la disposición del artículo 1157 sobre la causa inmoral.

Este adagio fue aceptado en el derecho francés anterior al Código Napoleón, en el cual no se consagró ninguna norma al respecto, como tampoco en el Código Civil italiano de 1865. Algunos autores consideraron que al no haber sido acogida por el Código Civil, esta

regla había sido abrogada tácitamente (LAURENT, DEMOLOMBE, PLANIOL), por ser una intromisión de la moral en el campo del Derecho. Otros autores (AUBRY & RAU, GIORGI) la admiten, defendiendo su efecto moralizador, otros (TERRÉ) la admiten con reservas, destacando el empirismo de las soluciones jurisprudencial francesas. En general, la jurisprudencia francesa y la italiana la aplican exclusivamente a la causa inmoral o contraria a las buenas costumbres.

4. La consagración de la regla *Nemo Auditur* en el Código Civil de 1942

(1095) El proyecto franco italiano acogió expresamente la regla, restringiendo su aplicación a la causa contraria a las buenas costumbres, de donde la tomó nuestro legislador en el Código Civil de 1942.

Entre nosotros, algunos autores no ven una razón lógica para no extender su aplicación a los casos de causa ilícita (PALACIOS HERRERA, MADURO). A nuestro juicio, en razón de la evolución histórica de la regla *nemo auditur* en Francia e Italia, su carácter de excepción a las consecuencias naturales de la nulidad del contrato, la consagración de un enriquecimiento sin causa y el texto preciso del artículo 1157 del Código Civil, no es posible extender sus efectos a los contratos viciados por causa ilícita contraria a la ley o al orden público, quedando restringida su aplicación a la nulidad por causa inmoral.

Debe señalarse que la causa puede ser violatoria de la ley o el orden público, y al mismo tiempo ser contraria a las buenas costumbres (pacto para violar la obligación de fidelidad entre cónyuges, concubinato cuando uno de los concubinos es casado) en cuyo caso es aplicable la regla *nemo auditur*.

La aplicación de la regla *nemo auditur* consagra un enriquecimiento sin causa en favor del poseedor (in pari causa turpitudinis cessat repetitio) al negársele la acción a quien haya violado las buenas costumbres, por considerársele indigno de la protección judicial. Se podría decir que el enriquecimiento sin causa es solo aparente, porque la norma contenida en el artículo 1157 del Código Civil, es causa

suficiente para la atribución patrimonial, al justificar el empobrecimiento de quien ha violado las buenas costumbres y el enriquecimiento en favor de la otra parte.

III. CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS ABSTRACTOS

1. Concepto

(1096) El artículo 1158 del Código Civil dispone: "El contrato es válido aunque la causa no se exprese". De esta norma, o su equivalente en los códigos civiles francés e italiano, parte de doctrina ha encontrado el fundamento para darle validez al contrato abstracto. Solamente en un derecho puramente formal, como el Derecho Romano, se puede concebir un contrato sin causa, pero inclusive en el derecho romano se contemplaron defensas para el deudor de la obligación nacida del contrato. En realidad es difícil desconectar, abstraer, en forma absoluta el contrato o el negocio jurídico abstracto de la causa que le dio origen.

El contrato o negocio abstracto nace de un vínculo anterior: la relación fundamental o subyacente; nadie se obliga sin que exista una causa; pero si es posible que el acreedor tenga interés en desvincular el acto abstracto de la relación subyacente, mediante la creación de un negocio abstracto, obteniendo del deudor una promesa pura y simple de pagar una suma de dinero.

En muchas ocasiones, la promesa de pago puede esconder una obligación con causa ilícita: el deudor de una deuda de juego acepta una letra de cambio a favor de quien ganó en el juego.

Una abstracción absoluta de la causa no es admisible, ni siquiera en el derecho alemán, cuyo código civil contempla expresamente el contrato o promesa abstracta, para cuya validez solo se exige que conste de un escrito (Arts. 780 y 781 CC alemán).

En el derecho venezolano, siguiendo la legislación francesa e italiana (esta última hasta 1942), el mismo artículo 1158 dispone que: "La causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario",

vinculando así el llamado acto abstracto con la relación subyacente.

El problema del acto, negocio o contrato abstracto que conserva una cierta vinculación con la relación fundamental es determinar el grado de esa conexión.

La doctrina admite que los terceros, acreedores en virtud de un negocio abstracto, son ajenos a la relación subyacente y en consecuencia el deudor no puede oponerle excepciones que nazcan de la relación fundamental; no así quienes son partes de la relación subyacente y del negocio abstracto. El comprador que acepta letras de cambio a la orden de su vendedor, podrá oponerle las excepciones y defensas que nazcan de la venta; pero no podrá hacerlo cuando el portador de la letra de cambio sea un tercero:

Sólo en ese sentido es que puede hablarse de negocios abstractos.

La letra de cambio, las obligaciones al portador emitidas por una compañía anónima (Art. 300 y sgtes. del C.com), la estipulación a favor de terceros, en relación a estos (Art. 1164 CC) constituyen ejemplos de actos o negocios abstractos, para la mayor parte de la doctrina. En todo caso, siempre habrá una cierta vinculación con la relación subyacente, que ha servido de causa al negocio abstracto.

IV. LA PRUEBA DE LA CAUSA

1. Disposición legal

(1097) De conformidad con el artículo 1354 del Código Civil "quien pida la ejecución de una obligación debe probarla". En las obligaciones nacidas de un contrato, el acreedor deberá probar su existencia, lo que implica la prueba del consentimiento, el objeto y la causa (y el cumplimiento de las formalidades en los contratos solemnes, o la entrega de la cosa en los contratos reales). Sin embargo, siguiendo una vieja doctrina, el artículo 1158 del Código Civil dispone: "la causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario".

2. Carácter de la presunción

(1098) Esta presunción, al admitir la prueba en contrario, es de carácter *juris tantum* y prueba no sólo su existencia, sino su licitud. Quien pretenda que la obligación no tiene causa, o que la causa no expresada es ilícita, deberá probarlo. Indicada una causa por alguna de las partes, bastará que su contraparte pruebe su falsedad o ilicitud.

El fundamento de esta regla es que nadie se obliga sin que realmente esté obligado y en la vida ordinaria quien ha prometido un pago es porque existe una causa lícita para haber contraido la obligación. Esto es lo que generalmente sucede.

Cuando no se ha expresado la causa, hay amplia libertad para probar su existencia o su falsedad, pues en este caso no se da el supuesto de probar lo contrario al contenido de un documento público o privado, o lo que haya dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, en cuyo caso es inadmisible la prueba testimonial (Art. 1387 CC) y en consecuencia, las presunciones (Art. 1399 CC).

Cuando se alega la ilicitud de la causa, son admisibles la prueba de testigos, por expresa disposición legal (Art. 1393 CC, ord. 3º) y todas las demás conducentes a su demostración, siempre que no estén expresamente prohibidas por la ley (Art. 395 CPC). Esta amplia libertad probatoria se justifica, porque siendo la causa ilícita, las partes ocultarán esta circunstancia que invalidará el contrato respectivo.

Sólo respecto de la donación es que se exige un documento auténtico para su prueba, por ser un requisito esencial de existencia (Art. 1439 CC).

3. El juicio DIB RAMIA. Un caso de presunción de causa en la jurisprudencia venezolana

(1099) Dib y Ramia eran socios en una sociedad mercantil y decidieron liquidarla, Ramia aceptó unos vales o pagarés sin expresión

de causa y demandó a Dib para que conviniera en la nulidad de los pagarés por ausencia de causa. Dib reconvino exigiendo el pago de los vales y después de la contestación de la reconvención alegó que tenían su causa en la liquidación de la sociedad existente entre ellos, habiendo demostrado Ramia que dicha causa era falsa, por existir un finiquito declarando ambas partes que nada quedaban a deberse como consecuencia de la liquidación de la sociedad. Este juicio ocurrió la década 1920-1930 y fue célebre por haberse consultado a famosos juristas extranjeros (Capitant, Asoli, Whal, Navarrini, La Lumia) y haber publicado el Dr. Alejandro Pietri, apoderado de Ramia, sus alegatos, las consultas hechas, las sentencias y su crítica en la Revista de Derecho y Legislación, que dirigió hasta su muerte. La tesis de Capitant era que no expresando los pagarés su causa, eran nulos como tales, y en consecuencia tampoco servían como prueba de una obligación, conforme al art. 1355 CC, considerando que el instrumento se requiere como solemnidad del pagaré. La mayoría de las sentencias de instancia fueron favorables a la tesis de Ramia; pero en casación la sentencia le fue adversa, haciendo una distinción entre la falta de causa de la obligación y la falta de causa de los vales, con unos razonamientos que no parecen tener una fundamentación sólida.

Bibliografía

COLIN, Ambrosio y CAPITANT H. Ob. Cit. Tomo III, págs. 655 a 670.

DE PAGE, H. Ob. Cit. Tomo II, Nºs. 470 a 494.

GIORGI, Jorge. Ob. Cit. Tomo III, Nºs. 437 a 445.

JOSSERAND, Louis. Ob. Cit. Tomo II, Vol. I, Nºs. 126 a 148.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Ob. Cit. Tomo VI, Nºs. 249 a 279.

CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Art. 1146 al Art. 1158, págs. 309 a 419.

MELICH ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs. 196 a 316, págs. 249 a 316.

PALACIOS HERRERA, Oscar. Ob. Cit Títulos XXXVI al XLI, págs. 194 a 219.

MESSINEO, F. *Doctrina General del Contrato*. Ob. Cit. Tomo I, Capítulo II, Nº 11 al Nº 13, págs. 109 a 124.

STARCK, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 813 a 899.

TERRÉ F, Ob. Cit. Nºs. 312 a 346, págs. 267 a 293; Nºs. 403 a 405, págs. 335 a 338.

GHESTIN, Jacques. Traitè de Droit Civil, La Formation du Contrat - LBG - París - 1993. Nº 813 a 921, págs. 818 a 949.

BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico - Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Capítulo III, Nºs. 20 a 22, págs. 132 a 152.

LÓPEZ HERRERA, Francisco. La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. Régimen Legal del Mercado de Capitales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999, pág. 344.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, Tomo III, págs. 1953 a 1959.

JURISPRUDENCIA

1. Concepto de causa.

19-1-54; C d C SCMT; G.F. Nº 3 2ª E, pág. 264. Código Civil de Venezuela. Ob. Cit. Art. 1157, págs. 380-382.

16-3-64;DFMSC3; JTR. Vol. XII, pág. 101.

2. Causa suficiente

27-11-58; 17SC2; JTR Vol.. II, Tomo 1, págs. 546-549
3-8-53; DFSC2; JTR Vol. III, págs. 59-62.

3. Causa falsa

8-5-63; JTR Vol. XI, págs. 77-79.

4. Causa ilícita

31-1-58;1SC2; JTR Vol. VII, Tomo I, pág. 316.
31-7-69; CSJ-SCMT; G.F. Nº 65, 2ª E, pág. 303/4
19-5-53; 2VIC2; JTR Vol. III, págs. 25-29.
28-1-52; DFJC2; JTR Vol. 2, págs. 103-105
14-12-51; CFC/SC; G.F. Nº 9, 1ª ET, págs. 579/85.

5. Juegos y apuestas

6. Acción Cambiaria y relación subyacente

7. Presunción de causa

CSJ/SCMT; 1-3-62; G.F. Nº 35, 2ª E, pág. 71.
8-5-63; JTR Vol. XI, pág. 78.
28-5-74; CSJ/SMTC; O.P. Tapia; Mayo 74, pág. 154.
21-7-27;CFC/SC; Juicio Dib Ramia, Memoria CFC 154, 1928, págs. 223 y 224.

Capítulo 31
LA NULIDAD DEL CONTRATO

SUMARIO I

LA NULIDAD DEL CONTRATO: 1. Concepto. 2. Clasificación de las nulidades: A. Inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. B. Nulidad total y parcial. C. Nulidad textual y nulidad virtual. 3. Evolución histórica: A. Derecho Romano. B. Derecho Francés anterior al Código Civil. C. Código Napoleón y su posterior evolución. D. La teoría de la inexistencia. E. La doctrina francesa contemporánea. 4. Comparación con instituciones afines: A. Nulidad e inoponibilidad. B. Nulidad y rescisión. C. Nulidad, disolución y revocación. D. Nulidad y resolución del contrato. E. Nulidad y acción pauliana.- II. CRITERIOS PARA DISTINGUIR LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA NULIDAD RELATIVA: 1. La doctrina clásica. 2. El orden público. 3. El interés protegido. 4. El derecho de crítica o sanción de reacción.- III. CARACTERES DE LA NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. IV. LA CONVALIDACIÓN: 1. Concepto. 2. Diferencias con la refacción. 3. Confirmación y ratificación. 4. Caracteres. 5. Requisitos de la confirmación. 6. Clases de confirmación: A. Confirmación expresa. B. Confirmación tácita. C. Confirmación total. D. Confirmación parcial. E. Regularización de los actos nulos. F. Incumplimiento de formalidades. 7. Efectos de la confirmación. A. Respecto de las partes. B. Respecto de los terceros.- V. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. 1. Regla general. 2. Prescripción qinquenal. 3. Prescripción decenal.- VI. LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD.- VII. NULIDAD PARCIAL.- VIII. INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN.- IX. EFECTO RETROACTIVO DE LA NULIDAD. 1. Efecto liberatorio. 2. Efecto restitutorio. A. Entre las partes. B. Efecto respecto de terceros. 3.

Responsabilidad consecuencia de la nulidad del contrato.- X. CONCLUSIONES ACERCA DE LA TEORÍA DE LAS NULIDADES.

I. LA NULIDAD DEL CONTRATO

1. Concepto

(1100) La nulidad de los contratos es la consecuencia de un defecto en su formación que lo hace ineficaz o insuficiente para producir los efectos jurídicos perseguidos por las partes. La sanción puede ser de diversos grados: privarlo de todo efecto (nulidad total), producir algunos efectos (nulidad parcial), o producir efectos distintos de los perseguidos por las partes (conversión del contrato).

2. Clasificación de las nulidades

(1101) La doctrina ha clasificado las nulidades desde distintos puntos de vista.

A. Inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa

La inexistencia es consecuencia de la falta de uno de los elementos de existencia del contrato (consentimiento, objeto, causa, cumplimiento de formalidades en los contratos solemnes, entrega de la cosa en los contratos reales).

La nulidad absoluta se produce cuando se han violado normas imperativas o prohibitivas que lesionen el orden público o las buenas costumbres (causa ilícita), a menos que la ley contemple una sanción distinta.

La nulidad relativa es la sanción a la infracción de una norma que viola el interés particular de una de las partes (incapacidad, vicios del consentimiento).

Por las razones que analizamos más adelante, la mayor parte de la doctrina contemporánea rechaza el concepto de inexistencia, y la ausencia de uno de los elementos de existencia del contrato produce, en principio, su nulidad absoluta y excepcionalmente su nulidad relativa. De allí que solo se contemplen nulidad absoluta y nulidad relativa.

B. Nulidad total y parcial

El vicio puede afectar la esencia del contrato, en cuyo caso procede la nulidad total; en cambio, cuando solo determinada cláusula del contrato viola el orden jurídico, la nulidad es parcial, y extingue las cláusulas violatorias del orden jurídico (cláusulas abusivas, intereses que exceden del límite legal, canon de arrendamiento superior al regulado), subsistiendo el resto del contrato.En virtud del principio de la conservación del contrato, cuando a pesar de su nulidad la manifestación de voluntad pueda tener una finalidad lícita, se considera que hay otro contrato válido; hay un cambio cualitativo.

C. Nulidad textual y nulidad virtual

En muchos casos, la nulidad (sea absoluta o relativa) está consagrada expresamente en la ley. "La obligación sin causa... no tiene ningún efecto" (Art. 1157 CC). "Aquel cuyo consentimiento (está viciado) puede pedir la nulidad del contrato" (Art. 1146 CC).

La nulidad virtual no está expresada en ninguna norma jurídica; se deduce de la interpretación de las normas que regulan una institución.

No existe ninguna diferencia en cuanto a sus consecuencias; solo que las nulidades virtuales son más difíciles de precisar por el Juez.

3. Evolución histórica

(1102) A. Derecho Romano

En un principio, el contrato es de carácter formal, si se cumplían las formalidades el contrato era válido; en caso contrario, el contrato es inexistente.

En la época clásica, el consentimiento es necesario para la formación del contrato; si existen vicios en el consentimiento (error in negotio, in corpore, in persona) este no existe: considera que hay cosas que no pueden ser objeto de contrato y cuando el objeto está prohibido, el contrato no produce ningún efecto.

Posteriormente se crearon excepciones (exceptio doli) que permitían a la parte que era objeto de la violencia o el dolo impedir que el acreedor le exigiera el cumplimiento.

En su evolución, se crearon acciones de carácter excepcional (actio doli y actio quod metus causa), que tendían más bien a dejar sin efecto el contrato, pero sin declarar su nulidad.

Aparece después la restitutio in integrum, mediante la cual el menor contratante o quien ejercía la patria potestad podía lograr que se declarara la nulidad del contrato y obtener la restitución, acción que posteriormente se extendió al error, el dolo y la violencia. Tal acción era de carácter excepcional y exigía rigurosos requisitos para su procedencia. La acción correspondía solo a la víctima, el contrato no era convalidable y en principio, la nulidad es absoluta y de aplicación automática.

Como se comprende fácilmente, en Roma no se crearon reglas de carácter general, y en consecuencia, no pudo estructurarse una teoría de la nulidad de los contratos.

B. Derecho francés anterior al Código Civil

Durante la Edad Media continúan perfeccionándose y afinándose los conceptos relacionados con la nulidad de los contratos. En Francia, con la incorporación de las costumbres, siguen evolucionando las normas hasta el siglo XVIII, cuando ya aparece estructurada la Teoría de las Nulidades. Se precisa el concepto de orden público; se distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa. La absoluta protege el orden público, considerándose legitimados para intentar la acción a todas las personas interesadas, no es posible convalidar el contrato y la acción es imprescriptible. En cambio, la nulidad relativa protege un interés privado, la acción corresponde solo al incapaz o a quien ha sido víctima de un vicio del consentimiento, se puede convalidar el contrato, este produce efectos mientras no se haya declarado la nulidad y la acción prescribe.

C. Código Napoleón y su posterior evolución

El Código Civil francés, promulgado en 1804, acogió la teoría de las nulidades estructurada por los jurisconsultos de la época inmediatamente anterior. De allí pasó al Código Civil italiano de 1865, principal fuente de nuestro derecho civil.

La doctrina ve las nulidades desde un punto de vista orgánico: la nulidad absoluta o inexistencia es la sanción a la ausencia de un elemento de existencia del contrato, la nulidad relativa se refiere a los elementos de validez del contrato. Se asimila el contrato a un organismo vivo; si está viciado de nulidad absoluta el contrato ha "nacido muerto"; si lo afecta una nulidad relativa está enfermo, y puede curarse mediante la convalidación. Esta concepción es artificial y rígida; y es insuficiente para explicar el fundamento de ciertas normas que expresamente consagran un específico tipo de nulidad: la venta de la cosa ajena es anulable (Art. 1483 CC) aun cuando falta un elemento de existencia del contrato o la ausencia de consentimiento del demente produce solo una nulidad relativa (Art. 405 CC).

D. La teoría de la inexistencia

A mediados de siglo XIX surge el concepto de inexistencia. En definitiva se considera que si falta alguno de los elementos de existencia del contrato (consentimiento, objeto, causa o solemnidad) no hay contrato, no puede ser convalidado, y ni siquiera se exige la intervención judicial, reservando el concepto de nulidad absoluta para aquellos que fueran contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Dicha teoría ha sido desechada por la mayor parte de la doctrina moderna, porque es contradictoria, pues para hablar de contrato inexistente debe haber por lo menos un contrato aparente, y éste tendría que ser declarado nulo por el juez, porque ninguna de las partes está facultada para hacerse justicia por si mismo.

También se le objeta que en algunos de los llamados casos de inexistencia (falta de consentimiento por violencia absoluta; error obstáculo) la doctrina y la jurisprudencia han llegado a la conclusión de que solo existe una nulidad relativa y que el concepto de nulidad absoluta es suficiente para sancionar la ausencia de uno de los elementos de existencia del contrato.

E. La doctrina francesa contemporánea

Considera la doctrina francesa contemporánea que las acciones de nulidad constituyen lo que ella ha denominado "derecho de crítica", dirigido contra los efectos del acto nulo o anulable, con el objeto de restablecer la legalidad en la medida exigida por la finalidad de la norma violada. Si esta protege simples intereses privados, la nulidad será relativa; si protege un interés general, la nulidad será absoluta.

Al derecho de crítica se le objeta que al abstraerse totalmente del estado del acto, la nulidad se aparta de la realidad sustancial.

Además no es siempre fácil saber cuando se protege un interés particular o un interés general. Hay casos evidentes: la exigencia de un consentimiento lúcido protege el interés de la persona que se ha

equivocado; la inmoralidad de la causa afecta un interés de la sociedad. Habrá que analizar cada situación en particular; la teoría de las nulidades se convertiría en un sistema casuístico, lo que iría en contra de la seguridad jurídica.

4. Comparación con Instituciones afines

(1103) A. Nulidad e inoponibilidad

La nulidad, una vez declarada, deja sin efectos, sin eficacia al contrato. La inoponibilidad implica un contrato válido con plena eficacia entre las partes, pero que carece de efectos respecto de terceros (el contrato contenido en el contra-documento Art. 1362 CC), o respecto de ciertos terceros (el contrato de transferencia de un derecho real sobre un inmueble, estipulado en un documento no registrado Art. 1924 CC).

B. Nulidad y rescisión

La rescisión es la sanción a los contratos viciados por lesión, que solo se admite en los casos y bajo las condiciones expresadas en la ley. (Art. 1350 CC). Su fundamento esta en un desequilibrio patrimonial en las prestaciones recíprocas de las partes en un contrato conmutativo.

La parte lesionada tiene la elección entre exigir una modificación de la prestación que restablezca el equilibrio patrimonial o desistir del contrato; y la otra parte tiene el derecho de mantener el contrato, aceptando la disminución (Arts. 1496 y 1498 CC).

Algunos consideran que la lesión es un vicio del consentimiento, aun en los casos de no estar expresamente prevista en la ley, como lo dispone el artículo 1350 CC. Esta tesis es rechazada por la mayoría de los autores contemporáneos. Solo en los contratos adninistrativos de tracto sucesivo se admite la lesión como causa para la revisión del contrato y así lo admite la doctrina administrativa y nuestra jurisprudencia.

En materia civil se rechaza la lesión no prevista en la ley como causa para revisar las prestaciones que se han hecho excesivamente onerosas por el transcurso del tiempo. Algunos autores patrios la admiten (Dr. Luis Felipe Urbaneja).

La nulidad hace ineficaz el contrato; la lesión puede dar lugar a la modificación del contrato por el Juez, para restablecer el equilibrio patrimonial.

C. Nulidad, disolución y revocación

El contrato válido puede ser terminado por la voluntad de ambas partes (Arts. 1133 - 1159 CC), figura que la doctrina denomina "disolución" y no "revocación" como dice el artículo 1150 del Código Civil.

La revocación es la terminación del contrato por la voluntad de una sola de las partes, cuando así lo permite la ley: la revocación de la donación entre cónyuges (Art. 1451 CC).

La disolución y la revocación dependen de la sola voluntad de las partes, no se requiere la intervención judicial, ambas implican un contrato válido, y su fundamento está en la autonomía de la voluntad, el fundamento de la nulidad está en la protección del interés particular de una de las partes o del interés general; la disolución y la revocación por la voluntad de ambas partes, o de una de ellas. En principio, la disolución y la revocación solo producen efectos hacia el futuro; la nulidad borra los efectos del contrato viciado desde su inicio, excepto en los contratos de tracto sucesivo que solo afecta el futuro.

D. Nulidad y resolución del contrato

"En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra parte puede a su elección reclamar la ejecución del contrato, o la resolución del mismo" (Art. 1167 CC).

La nulidad, así como la resolución dejan sin efecto el contrato; y se diferencian en que la nulidad afecta, tanto a los contratos unilaterales como a los bilaterales; en cambio, la resolución solo procede respecto de los contratos bilaterales. La nulidad supone un contrato defectuoso desde su nacimiento, la resolución supone un contrato válido que por un hecho posterior a su celebración da lugar a la acción resolutoria. El fundamento de la nulidad está en proteger un interés general o particular; la resolución se fundamenta más bien en restablecer el equilibrio patrimonial.

E. Nulidad y acción pauliana

Solamente están legitimados para intentar la acción pauliana los acreedores cuyas acreencias sean de fecha anterior al acto fraudulento; la nulidad pueden intentarla cualquier interesado, si es absoluta, y solo la parte perjudicada si la nulidad es relativa.

La acción pauliana implica la existencia de actos fraudu-lentos efectuados por el deudor insolvente en perjuicio de sus acreedores, las nulidades no implican fraude, ni tienen relación alguna con la solvencia de las partes. La acción pauliana solo aprovecha al acreedor que intenta la acción; la nulidad extingue el contrato respecto de las partes y de los terceros, en la medida en que sean oponibles a estos.

II. Criterios para distinguir la nulidad absoluta de la nulidad relativa

1. La doctrina clásica

(1104) Consideró que la nulidad relativa solo procede por incapacidad de las partes o vicios del consentimiento (defectos de los requisitos de validez); la nulidad absoluta procede cuando falta uno de los elementos de existencia (consentimiento, objeto, causa o incumplimiento de formalidades en los contratos solemnes que producían la

inexistencia del contrato para los partidarios de esta doctrina) y por ilicitud del objeto o de la causa (contratos contrarios al orden público o a las buenas costumbres).

Este criterio es demasiado simple y no concuerda con algunas disposiciones legales ni con las soluciones de la jurisprudencia.

Así, la venta de la cosa ajena debería estar viciada de nulidad absoluta (ausencia de objeto), pero la ley, siguiendo a la doctrina, dispone que en este caso la nulidad es relativa (Art. 1483 CC) "la nulidad establecida en este artículo no podrá alegarse nunca por el vendedor".

En cambio, está viciada la nulidad absoluta, de inexistencia, la hipoteca constituida por quien no es propietario (Arts. 1890 CC, 1893 CC y 1880 CC).

La venta de la cosa común por uno de los partícipes se limita al objeto que se le adjudique en la partición (Art. 765 CC).

Por otra parte, la aplicación de este criterio puede conducirnos a soluciones inaceptables.

En caso de violencia absoluta, se dice que no hay consentimiento; en consecuencia la nulidad sería absoluta y cualquiera de las partes estaría legitimada para intentar la acción, entre ellas quien ha sido el autor de la violencia, lo que a todas luces es chocante e inaceptable. Lo mismo sucedería con respecto a la causa ilícita, que podría alegarla quien incurrió en ella en perjuicio de la parte que no ha violado el orden público ni las buenas costumbres. Por ejemplo, el arrendatario que arrienda una casa para destinarla a un prostíbulo, sin conocimiento del arrendador.

2. El orden público

(1105) El criterio según el cual la distinción debe hacerse en función del orden público, cuya violación produce la nulidad absoluta, no explica satisfactoriamente la nulidad relativa como consecuencia

de la incapacidad. Las reglas relativas a la incapacidad son de orden público; pero su violación solo genera una nulidad relativa.

3. El interés protegido

(1106) Otro criterio ha sido determinar el carácter de la nulidad en función del interés protegido; si es un interés general de la sociedad procede la nulidad absoluta, si lo que se quiere proteger es un interés particular hay nulidad relativa.

Las normas sobre la capacidad de las personas protegen un interés general; en cambio la incapacidad protege un interés particular. Así se explica que es nula la estipulación por la cual el menor renuncia a oponer la minoridad, pues se está violando el interés de la sociedad; en cambio, la nulidad de los actos del incapaz es relativa porque tiene como finalidad proteger los intereses particulares del incapaz.

4. El derecho de crítica o sanción de reacción

(1107) Tiene el mérito de haber destacado que la nulidad es una verdadera sanción, que el juez debe analizar las circunstancias particulares que pueden viciar el acto, para determinar si la nulidad es absoluta o relativa. Sin embargo, puede conducir a una casuística que impide considerar una teoría general de las nulidades.

III. Caracteres de la nulidad absoluta y relativa

De acuerdo con la doctrina clásica los caracteres que distinguen ambas nulidades son las siguientes:

1. Legitimación para intentar la acción

(1108) En la nulidad absoluta, la acción puede ser intentada por cualquiera de las partes y por los terceros interesados. Inclusive el

Juez puede declarar de oficio la nulidad, cuando en un proceso exista prueba de la ilicitud.

En la nulidad relativa solo está legitimada la persona cuyo interés particular ha sido violado: el incapaz o su representante, la víctima del error, del dolo o la violencia.

2. (1109) La nulidad absoluta no puede ser confirmada o convalidada por las partes, estas tendrán que celebrar un nuevo contrato que no tenga el vicio que produce la nulidad; y el nuevo contrato solo producirá efectos a partir de su celebración. Por excepción, se permite la convalidación de la donación nula por defecto de forma, cuando el donante ha fallecido (Art. 1353 CC). La nulidad relativa es convalidable, en cuyo caso el contrato produce efectos desde su celebración.

3. (1110) La nulidad absoluta puede ser alegada en cualquier estado y grado de la causa por estar interesado el orden público. La nulidad relativa tiene que ser alegada en el libelo de la demanda o en la contestación.

4. (1111) La acción de nulidad absoluta es, para parte de la doctrina imprescriptible, porque el tiempo no puede convalidar la nada (ausencia de uno de los elementos de existencia) ni puede convertir en lícito lo que viola la ley (objeto o causa ilícita).

La nulidad relativa prescribe por el transcurso de cinco años, a partir del momento en que se ha descubierto el error o el dolo, o que el incapaz ha llegado a la mayoría de edad o ha sido rehabilitado.

5. (1112) La intervención judicial es necesaria en ambos casos para declarar la nulidad del contrato. Sin embargo, algunos autores (especialmente los partidarios de la inexistencia como una tercera categoría de la nulidad) han opinado que cuando falta uno de los elementos de existencia (consentimiento, objeto, causa, formalidades) no es necesaria la intervención judicial, tesis que no resiste un análisis serio, por cuanto nadie puede hacerse justicia por si mismo y cuando se plantea la nulidad por ausencia de uno de los elementos de existencia

es porque hay una apariencia de contrato, en el cual una de las partes fundamenta su pretensión, y el juez tiene que constatar y declarar la nulidad.

La intervención judicial no impide que las partes de mutuo acuerdo convengan en la nulidad del contrato viciado, pero ello no afectará los derechos de los terceros. En este caso se habla de abrogación del contrato y solo tiene efectos para el futuro.

IV. La convalidación

1. Concepto

(1113) Se entiende por convalidación o confirmación el acto unilateral de voluntad mediante el cual la persona que tiene derecho de alegar la nulidad relativa de un contrato renuncia expresa o tácitamente a ejercer ese derecho; es una consolidación del contrato viciado de nulidad relativa, con efecto retroactivo.

2. Diferencias con la refacción

(1114) La confirmación es un acto unilateral de voluntad del titular de la acción de nulidad relativa y por lo tanto no requiere la aceptación del otro contratante. Esto la diferencia fundamentalmente de la refacción de un contrato, que requiere la concurrencia de las partes contratantes, pues es un nuevo contrato.

3. Confirmación y ratificación

(1115) Cabe señalar que nuestro legislador, en forma errónea, se refiere indistintamente al "acto de confirmación o ratificación", con lo que confunde términos perfectamente diferenciados por la doctrina. La ratificación es el acto en virtud del cual una persona admite que el acto efectuado por un tercero produzca plenos efectos en su patrimonio;

la confirmación es el acto por el cual una persona renuncia a oponer las acciones o excepciones de nulidad que afectan a un acto efectuado por ella misma.

4. Caracteres

(1116) La confirmación implica la renuncia del derecho de intentar la acción y de oponer la excepción de nulidad relativa. Tal renuncia es irrevocable.

La confirmación no es un acto solemne, puede ser expresa o tácita. El Código Civil sólo exige determinados requisitos de fondo para que surta plenos efectos (art. 1351).

5. Requisitos de la confirmación

(1117) La confirmación, cualquiera que ella sea, debe reunir determinadas condiciones, a saber:

1º Debe estar constituida por una manifestación de voluntad, libre y sin vicios.

2º Deben haber cesado las causas que afectaron de nulidad relativa el acto o contrato que se quiere convalidar. Es decir, la confirmación sólo puede efectuarse después que cese la incapacidad, la violencia o la minoridad, o se hubiese descubierto el dolo y el error, porque de lo contrario la confirmación quedaría afectada de la misma nulidad que vicia el acto que se pretende convalidar.

6. Clases de confirmación

(1118) La doctrina ha distinguido tradicionalmente varios tipos de confirmación, a saber:

Según su forma: confirmación expresa y confirmación tácita. Según su contenido: confirmación total y confirmación parcial.

A. Confirmación expresa

Como su nombre lo indica, es el acto efectuado directa y especialmente para rehabilitar el contrato afectado de nulidad. También es llamada confirmación directa o explícita.

El Código Civil en su artículo 1351 establece los requisitos para que la confirmación expresa produzca sus efectos. Tales requisitos son:

1º Indicación del acto o contrato, o de lo sustancial de la obligación que se quiere confirmar.

2º Indicación del vicio que afecta el acto o contrato.

3º La voluntad de confirmar el acto o contrato mediante la rectificación del vicio que lo afecta.

B. Confirmación tácita

Llamada también confirmación indirecta o implícita, es aquella que se deduce de determinada actividad o conducta desarrollada por la persona legitimada para intentar la acción de anulabilidad incompatible con el alegato de anulabilidad. Así ocurre cuando habiendo cesado la minoridad o descubierto el error, o cesado la violencia, la persona en cuyo favor se establece la nulidad, ejecuta voluntariamente las obligaciones y prestaciones derivadas del contrato o exige a la otra parte el cumplimiento de las mismas.

La confirmación tácita está contemplada en el segundo párrafo del artículo 1351 del Código Civil: "A falta de acto de confirmación o ratificación, basta que la obligación sea ejecutada voluntariamente, en totalidad o en parte, por quien conoce el vicio, después de llegado el tiempo en que la obligación podía ser válidamente confirmada o ratificada".

C. Confirmación total

Es la confirmación que abarca todo el contrato o acto objeto de la convalidación.

D. Confirmación parcial

Es la que comprende la parte viciada del acto o contrato, o la que se refiere a algunas de las estipulaciones de un contrato que pueden estar afectadas de nulidad relativa.

E. Regularización de los actos nulos

La regularización de los actos nulos es admitida hoy en día por la doctrina como una forma de confirmación en la cual se aporta el elemento que hace nulo el contrato. Se ha admitido que el portador de la letra de cambio puede llenar el nombre del beneficiario de la letra, cuya omisión acarrea la nulidad de la letra. En materia contractual se admite la regularización mediante la autorización posterior que era necesaria para celebrarlo, la disminución de la tasa de interés por encima de la permitida por la ley, la reducción del término del arrendamiento pactado por más de quince años. Como se comprende fácilmente, en este caso no se trata de una renuncia a la acción de nulidad, sino de una verdadera reparación del acto nulo, mediante la declaración unilateral de quien incurrió en el vicio o se favorecía con el elemento que invalida el contrato.

La regularización es de carácter excepcional, solo es admisible cuando tiende a aumentar la seguridad jurídica y debe rechazarse cuando ella amenace el interés que la declaratoria de nulidad protege. Es inadmisible la regularización de una donación otorgada por documento privado mediante su posterior reconocimiento por documento auténtico o el registro posterior al matrimonio de unas capitulaciones matrimoniales contenidas en un documento simplemente autenticado.

F. Incumplimiento de formalidades

La donación y su aceptación deben hacerse por documento auténtico (Art. 1439 CC) y aun cuando con ello se está protegiendo el interés particular del donante, la ley expresamente lo considera un elemento de existencia del contrato: "las donaciones deben hacerse en forma auténtica, y del mismo modo debe otorgarse su aceptación" – Art. 1439 CC; "si la aceptación no se presta según las disposiciones de los artículos precedentes, la nulidad de la donación puede solicitarse aun por el donante, sus herederos o causahabientes (Art. 1445 CC) "No se puede hacer desaparecer por ningún acto confirmatorio los vicios de un acto absolutamente nulo, por falta de formalidades". En consecuencia, el incumplimiento de la solemnidad produce la nulidad absoluta. Sin embargo tal nulidad, al no afectar un interés general, solo puede ser intentada por la parte protegida por la sanción de nulidad y sus causahabientes, los demás terceros no están legitimados para ello.

Por ser la nulidad absoluta, no es convalidable el incumplimiento de la solemnidad; por excepción "la confirmación... o ejecución voluntaria de una donación por parte de los herederos o causahabientes del donador... después de la muerte de estos, lleva consigo la renuncia a oponer los vicios de forma" (Art. 1353 CC). No se trata de una refacción del acto absolutamente nulo, sino una verdadera convalidación de la donación absolutamente nula, excepción que se justifica porque se está protegiendo el interés particular de los herederos, no está envuelto el orden público ni un interés general. Siendo el fundamento de la exigencia de la solemnidad en la donación una protección para el donante, los herederos pueden convalidar el acto, respetando así la voluntad de su causante.

7. Efectos de la confirmación

(1119) La doctrina distingue los efectos de la confirmación respecto de las partes y de los terceros:

A. Respecto de las partes

La confirmación convalida el contrato nulo e impide las acciones y excepciones de nulidad derivadas del mismo. Así lo dispone el párrafo tercero del artículo 1351 del Código Civil: "La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria, según las formas y en los plazos preceptuados por la ley, produce la renuncia a los medios y a las excepciones que podían oponerse a este acto, salvo los derechos de terceros".

La confirmación o convalidación hace desaparecer el vicio que afecta el contrato; este se considera plenamente válido desde la fecha de su celebración y produce todos sus efectos desde entonces, y es en este sentido que se dice que tiene efecto retroactivo.

Sin son varias personas las que son titulares de la acción; por ejemplo, varias personas venden una cosa siendo víctimas de violencia, la confirmación de todos ellos es necesaria.

Distinta de la confirmación es la refacción del contrato; por ejemplo he vendido un automóvil que había perecido para el momento de la venta; convengo con el comprador en entregarle otro automóvil. En este caso lo que hay es un nuevo contrato que surtirá efectos a partir de la refacción, y no puede tener efecto retroactivo, porque el primer contrato no pudo producir ningún efecto.

B. Respecto de los terceros

La confirmación no produce efectos frente a terceros, sino entre las partes contratantes, de modo que no afecta los derechos adquiridos por los terceros de buena fe. Por ejemplo, si A siendo menor vendió a B un inmueble y, habiendo llegado a la mayoridad, lo vende nuevamente a C (tercero), la confirmación del primitivo contrato entre A y B no produce efectos contra C, quien sigue siendo legitimo propietario. Así lo dispone el final del tercer párrafo del artículo 1351, que dice: "salvo los derechos de terceros".

V. La prescripción de la acción

1. Regla general

(1120) Según el artículo 1997 del CC, todas las acciones personales prescriben por el transcurso de diez años. Siendo la prescripción una institución en la cual está interesado el orden público y la seguridad jurídica, con el fin de darle estabilidad a las relaciones jurídicas y a las actuaciones de hecho que se han prolongado en el tiempo, toda acción personal prescribe.

Es inadmisible pretender que la acción de nulidad absoluta es imprescriptible, porque ello atenta contra los principios antes señalados. Decir que el transcurso del tiempo no puede hacer lícito lo que es contrario a la ley ni darle existencia al contrato que carece de alguno de sus elementos constitutivos, no impide que la acción de nulidad absoluta prescriba. Pretender que solo prescriben las acciones restitutorias es admitir que la acción de nulidad que las fundamenta prescribe, por estar ambas íntimamente ligadas.

2. Prescripción quinquenal

(1121) El Código Civil establece en el artículo 1346 que "la acción para pedir la nulidad de una convención dura cinco años... este tiempo no empieza a correr en caso de violencia, sino desde el día que esta ha cesado, en caso de error o de dolo, desde el día en que han sido descubiertos; en el caso de los entredichos o inhabilitados desde el día en que haya sido alzada la interdicción o inhabilitación; y respecto de los actos de los menores, desde el día de su mayoridad".

Es evidente que por su redacción este plazo de prescripción se aplica solo a la nulidad relativa, y así lo han entendido pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia.

Generalmente se fundamenta este plazo de prescripción de cinco años en una tácita confirmación del acto anulable. Sin embargo, hoy

en día se encuentra su fundamento en acortar el plazo de prescripción por tratarse de nulidades que protegen intereses particulares.

En efecto, este plazo corre aun contra personas que no están en capacidad de confirmar el acto, como los herederos que ignoran el vicio, pues se admite que la prescripción comienza a correr en vida de su causante. Se aplica solo a la nulidad de contratos, no pudiendo extenderse a los actos unilaterales.

La jurisprudencia francesa lo aplica también a los casos de violación del orden público de protección, por que solo se está protegiendo un interés privado. Entre nosotros, la jurisprudencia ha aplicado este plazo a la acción para pedir la nulidad de los acuerdos de las asambleas de accionistas.

3. Prescripción decenal

(1122) En todos los demás casos de nulidad absoluta se aplica el plazo ordinario de diez años para todas las acciones personales. Este plazo se cuenta desde la celebración del contrato viciado.

También se aplica a las nulidades relativas, aun cuando no haya comenzado a correr la prescripción quinquenal salvo que exista una causal de suspensión de la prescripción, como en el caso de los menores y entredichos (Art. 1965 CC, ordinal 1°).

Tratándose de una nulidad por vicio del consentimiento, aun cuando no se haya descubierto el error o el dolo, o cesado la violencia, punto de partida de la prescripción quinquenal, la acción prescribe a los diez años de la celebración del contrato por la necesidad de consolidar las situaciones de hecho en función de la seguridad jurídica. Así lo acepta la jurisprudencia francesa.

VI. LA EXCEPCIÓN DE NULIDAD

(1123) La excepción de nulidad es imprescriptible (Art. 1345, aparte tercero: "puede ser opuesta en todo caso"). En efecto, al oponer

la excepción de nulidad, se supone que la otra parte está exigiendo el cumplimiento, por no haberse cumplido el contrato.

La situación de hecho es, en este caso, que los efectos del contrato no se han producido y la excepción persigue mantener el estado actual de las cosas.

VII. Nulidad parcial

(1124) Hay que tomar en cuenta la naturaleza de los intereses protegidos. En ciertos casos, la declaratoria de nulidad del contrato podría afectar un interés legitimo de una parte contratante, que no resulta lesionado por el vicio que afecta el contrato. Si el contrato en su conjunto no está infectado de nulidad, puede subsistir, eliminando aquella parte que viola el orden jurídico. En este caso, estamos en presencia de una nulidad parcial. Por ejemplo, las llamadas cláusulas abusivas generalmente no afectan el contrato en su integridad, y para restablecer el orden jurídico lesionado, basta declarar la nulidad de dichas cláusulas violatorias del orden jurídico, dejando subsistente y plenamente válido el resto del contrato que constituye un interés legitimo de la parte a quien se quiere proteger.

Esta es una consecuencia del principio de la conservación del contrato, según el cual toda manifestación de voluntad debe ser interpretada de manera que pueda tener algún efecto.

Para determinar si la nulidad ha de ser total o parcial deben tomarse en consideración dos factores: a) la importancia del elemento viciado y b) mantener la finalidad perseguida por la nulidad.

Si el elemento viciado no ha sido determinante de la voluntad de las partes, basta con eliminarlo para que el resto del contrato surta plenos efectos. Si la tasa de interés es superior a la máxima establecida por la ley, bastará con reducirla al interés corriente en el mercado, como lo establece el artículo 1746 del CC. Es el mismo principio que se preve para la condición contraria a la ley o a las buenas costumbres

que se reputa no escrita si es resolutoria, según el artículo 1200 CC; pero si ha sido causa determinante hace nula la obligación.

Si la voluntad explícita de las partes es contraria a la finalidad perseguida por el legislador: si en un contrato de arrendamiento se estipula que si la regulación del canon de arrendamiento en una cantidad inferior a la estipulada en el contrato producirá su resolución, es indudable que sólo deberá declararse la nulidad de dicha cláusula, pero no la nulidad total del contrato que en definitiva perjudicaría al arrendatario, a quien el legislador ha considerado digno de protección.

VIII. INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

(1125) De conformidad con el artículo 1348 CC: "la obligación no puede atacarse por el menor que, por maquinaciones o medios dolosos, ha ocultado su minoridad. La simple declaración de ser mayor hecha por el menor no basta para probar que ha obrado con dolo". En este caso se priva al menor de la acción de nulidad, pues si tenía la suficiente madurez para engañar a los mayores de edad, no es digno de protección. Es necesario que este haya incurrido en dolo, como lo sería la presentación de una cédula de identidad falsa, con la cual pretenda probar su mayoría de edad.

IX. EFECTO RETROACTIVO DE LA NULIDAD

(1126) Declarada por el Juez la nulidad del contrato, relativa o absoluta, en principio desaparecen todos sus efectos desde la celebración del mismo; dicho en otros términos la declaratoria de nulidad produce efectos retroactivos.

1. Efecto liberatorio

(1127) Se considera como si las partes nunca hubieran estado obligadas y si el contrato no hubiese sido ejecutado no se producirá

ningún efecto. Ambas partes quedan liberadas de sus respectivas obligaciones.

2. Efecto restitutorio

(1128) A. Entre las partes

En cambio, si el contrato ha sido ejecutado total o parcialmente, las partes deben restituirse todo lo que hayan ejecutado en cumplimiento del contrato.

Es obvio que si se ha cumplido una prestación de hacer distinta a la entrega de una cosa (por ejemplo, interpretar un papel en una representación teatral) es materialmente imposible la restitución, ésta no podrá ser devuelta a quien la ejecutó y por consiguiente, en vez de la restitución, procederá el cumplimiento por equivalente. En cuanto a la valoración de dicha prestación, de acuerdo con la generalidad de la doctrina deben observarse las reglas del enriquecimiento sin causa.

Tratándose de incapaces, el artículo,1349 CC dispone: "Nadie puede reclamar el reembolso de lo que ha pagado a un incapaz, en virtud de una obligación que queda anulada, si no prueba que lo que ha pagado se ha convertido en provecho de tales personas". Esta norma está en estrecha conexión con lo dispuesto en el artículo 1288 CC, según el cual "el pago hecho al acreedor no es válido, si este era incapaz de recibirlo, a menos que el deudor pruebe que la cosa pagada se ha convertido en utilidad del acreedor". Se aplican aquí los principios del enriquecimiento sin causa el menor queda obligado a restituir sólo en la medida en que haya obtenido algún provecho en el momento de recibir el pago, aun cuando para la fecha en que le exiga su restitución haya desaparecido el enriquecimiento.

Tratándose de contratos bilaterales las restituciones deben ser recíprocas y en consecuencia si una de las partes se niega a cumplir con su obligación de restituir, la otra puede oponerle la excepción de incumplimiento.

No procede la restitución cuando la parte que la exige ha incurrido en violación de las buenas costumbres en virtud de la regla nemo auditur propiam turpidudinem allegans (art. 1157 último aparte), aplicándose esta regla solamente a quien ha violado las buenas costumbres, que estará obligado a restituir a la otra parte lo recibido, en caso de que ésta no haya incurrido en la violación de las buenas costumbres.

En general, la doctrina considera que en los contratos de tracto sucesivo, las partes no están obligadas a recíprocas restituciones porque en tal caso las obligaciones se extinguen. Sin embargo, dicha opinión no es unánime considerando algunos (Melich) que en este caso también procede la restitución recíproca.

En general, la doctrina considera que no hay lugar a la restitución de los frutos e intereses generados por la cosa entregada en virtud del contrato (Art. 790), a menos que se demuestre la mala fe.

Como lo hemos expresado anteriormente la restitución se rige por las reglas del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, cuando hay culpa de alguna de las partes, como en el caso del dolo o la violencia, se agrava la responsabilidad de quien ha incurrido en culpa.

Finalmente, algunos autores sostienen que cuando el actor no puede restituir lo que ha recibido en virtud del contrato, no procede la acción de nulidad, teoría que es rechazada por la casi totalidad de la doctrina, porque la restitución es solo una consecuencia de la nulidad.

B. Efectos respecto de terceros

La nulidad puede afectar a los terceros que han adquirido derechos que le hayan sido dados por la parte cuyo contrato ha sido anulado. Esto sería una consecuencia del principio en virtud del cual no se puede dar lo que no se tiene, y que desaparecido el derecho del causante, también desaparece el derecho del causahabiente.

Sin embargo, este efecto contra terceros se han atenuado en virtud de dos principios:

a) en materia de bienes muebles, la posesión vale el título (Art. 794 CC) y
b) en materia de bienes inmuebles, el sistema registral de publicidad puede eliminar o mitigar el efecto de la nulidad del título del causante.

Finalmente, las normas relacionadas al pago efectuado al aparente poseedor del crédito (Art. 1287 CC) y los actos realizados de buena fe con el heredero aparente (Art. 1001 CC) también restringen los efectos de la nulidad respecto a terceros.

3. Responsabilidad consecuencia de la nulidad del contrato

(1129) En general, la nulidad del contrato no supone la culpa de ninguna de las partes. Por excepción: La violencia y el dolo generan responsabilidad de quien ha incurrido en ella, y quien ha incurrido en error inexcusable (Art. 1146 CC) es responsable por el daño ocasionado a la otra parte, pues en ambos casos hay culpa. De acuerdo con la doctrina predominante, estos casos se fundamentan en la responsabilidad extracontractual.

X. Conclusiones acerca de la teoría de las nulidades

(1130) Del estudio de la doctrina y la jurisprudencia, especialmente francesa, que es la que más se adapta en esta materia a nuestro derecho, podemos establecer un lineamiento de la teoría de las nulidades en el derecho contemporáneo.

1°) Hay dos especies de nulidad:

Absoluta y relativa.

2°) Los criterios para establecer si la sanción es la nulidad absoluta o relativa deben establecerse de acuerdo con las nociones de orden público, el interés protegido y si afecta elementos de existencia o de validez del contrato.

3°) Estos criterios no pueden aplicarse de una manera rigurosa, hay que tener en cuenta los fines perseguidos por el legislador. Sin llegar a los extremos del "derecho de crítica", que puede conducirnos a una casuistica en materia de nulidades, hay situaciones específicas en las cuales no se puede concluir que ante la ausencia de un elemento de existencia de un contrato, lo procedente es la nulidad absoluta, sino relativa (falta de consentimiento por incapacidad natural, incumplimiento de ciertas solemnidades). A veces el orden público solo afecta la eficacia del contrato en ciertos aspectos, en otros priva el interés protegido (capacidad de las partes, posibilidad de convalidar y de regularizar).

4°) Cuando se viola un interés general, se legitima a un mayor número de personas para intentar la nulidad, que podemos calificar de absoluta. En cambio, cuando se viola un interés particular, se restringe la legitimación a las personas cuyo interés ha sido violado.

5°) La nulidad puede afectar solo determinadas estipulaciones del contrato, y aun cuando haya sido violado el orden público, la nulidad es parcial y no le resta eficacia al resto del contrato.

6°) La prescripción quinquenal se aplica a la nulidad relativa, y su fundamento está en consolidar las situaciones de hecho en provecho de la estabilidad de las relaciones jurídicas, y no en una simple renuncia de la acción de nulidad relativa. La prescripción decenal se aplica tanto a la nulidad absoluta como relativa, y se cuenta desde la celebración del contrato. Sin embargo, si el orden público continúa siendo violado (contratos de tracto sucesivo), el punto de partida no es el momento de la celebración del contrato, sino cuando cesa la violación del orden público.

7°) En el derecho venezolano, la infracción a las buenas costumbres es de mayor gravedad que la violación al orden público, al negársele la acción de restitución a quien haya infringido el orden público.

Bibliografía

Colin, Ambrosio y Capitant H. Ob. Cit. Tomo III, Cap. V – (491), págs. 774 a 796.

De Page, H. Ob. Cit. Tomo II, Nºs 725 a 808, págs. 695 a 734, N°s 815 a 834, págs. 741 a 760.

Giorgi, Jorge. Ob. Cit. Tomo IV, Nºs 204 al N° 222, págs. 210 a 235.

Josserand, Louis. Ob. Cit. Tomo II, Vol. I, N°s 335 a 363, págs. 235 a 257.

Marty, G. Teoría General de las Obligaciones. Ob. Cit. Tomo I, págs. 141 a 143.

Mazeaud, Henri-Leon-Jean. Ob. Cit. Parte II, Vol. I, N° 292 a 315, págs. 332 a 353.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo 6, Nº 280 al 327, págs. 391 a 454.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs 249 a 292, págs. 325 a 389.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit Título XLII, págs. 220 a 225.

Messineo, F. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Tomo II, Cap. XIV, Nº 1 al 7, págs. 261 a 288.

Starck, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 998 a 1100, págs. 355 a 388.

Terré F, Ob. Cit. Nºs. 364 a 410, págs. 308 a 343.

López Herrera, Francisco. La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela, Empresa El Cojo, S.A. Caracas, 1952.

Jurisprudencia

Confirmación o ratificación

12/08/92 JS 3° CM P.T., Tomo VI, pág. 243.

20/11/67 CSJ – CC R&G, Tomo XVII

Lapso de prescripción

9-3-94 CSJ SCC R & G (213-94) CXXIX, pág. 523

Nulidad – Dolo – Error

14-8-95 JS3° CM DF R & G (774-95) CXXXV, pág. 46.

Nulidad de la venta de la cosa ajena.

7-11-95 CSJ SCC R & G (1180-95) CXXXVI, pág. 304.
21-12-96 CSJ SPA R & G (1414-96) CXL, pág. 751.

Nulidad absoluta y relativa

3-2-94 CSJ SCC R & G (169-94) CXXIX, pág. 432.

Capítulo 32
LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

SUMARIO

I. GENERALIDADES.- II. LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS Y SU OPONIBILIDAD A LOS TERCEROS. 1. La relatividad o efectos internos. 2. La oponibilidad o efectos externos.- III. EFECTOS INTERNOS DEL CONTRATO. 1. Concepto. 2. Las partes. 3. Los terceros. 4. Categorías intermedias. A. Causahabientes a título universal. B. Causahabientes a título particular. a) Contratos que establecen derechos reales. b) Ciertos contratos que crean derechos personales. C. Acreedores quirografarios. D. Los Penitus extranei.- IV. EXCEPCIONES RESPECTO DE LOS EFECTOS INTERNOS. 1. Contratos que producen efectos a favor de los terceros. 2. Actos que producen efectos contra los terceros. V. LA OPONIBILIDAD DEL CONTRATO (EFECTOS EXTERNOS DEL CONTRATO). 1. Concepto. 2. Requisitos. 3. Efectos del desconocimiento de la situación jurídica producida por el contrato. 4. Afectación de terceros. 5. Efectos y límites de los efectos externos: A. Contratos por los cuales se transmite o crea un derecho real. B. Contratos por los cuales se transmite un derecho personal. C. Los acreedores quirografarios. D. Los causahabientes a título particular. 6. Actos que no son oponibles a los terceros.

I. Generalidades

(1131) Los efectos del contrato legalmente perfeccionado son estudiados por la doctrina desde un doble punto de vista: Los llamados efectos internos o intrínsecos del contrato (relatividad) y los denominados efectos externos o extrínsecos (oponibilidad).

Los efectos internos o intrínsecos comprenden las consecuencias que el contrato produce para las partes. Los efectos externos o extrínsecos abarcan las consecuencias que el contrato acarrea para los terceros, que son personas que no han intervenido en su formación, y el estudio de la modificación de la situación jurídica preexistente que causa todo contrato.

II. LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS Y SU OPONIBILIDAD A LOS TERCEROS

1. La relatividad o efectos internos

(1132) El principio de relatividad está consagrado en nuestro ordenamiento por el artículo 1166 del Código Civil: «Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la ley».

Siendo el contrato fruto de la voluntad de las partes, en principio sólo puede producir efectos para ellas y no para los demás miembros de la comunidad, quienes son extraños al contrato: es decir, son terceros, pues no pueden convertirse en deudores ni en acreedores de una obligación contractual en la cual no han consentido.

La regla general es que los contratos no pueden producir efectos internos (obligaciones ni créditos) en favor ni en contra de terceros: *Res inter alios acta aliis prodesse nec nocere potest.*

El incumplimiento de la obligación solo puede reclamarlo quien resulte acreedor en virtud del contrato, y solo debe cumplirla el deudor que convino en ello. Ambas partes pueden ser deudores y acreedores, como en el contrato bilateral, o una sola de ellas acreedora y la otra deudora, situación que tipifica el contrato unilateral.

2. La oponibilidad o efectos externos

(1133) Si bien es cierto que el contrato crea obligaciones para ser cumplidas entre las partes, los terceros que no han intervenido en

su formación, no pueden ignorar la existencia del contrato ajeno, como un hecho que puede haber cambiado la situación jurídica preexistente. En consecuencia, los terceros, en principio, deben respetar la existencia de ese contrato y reconocerla en cierto modo, porque de lo contrario no sería posible la vida jurídica.

Por ejemplo: si «A» quiere comprar el edificio «X», debe dirigir la proposición respectiva a su propietario «B», quien a su vez lo había adquirido de «C» en virtud de un contrato. Cuando se dirige a «B», ofreciéndole adquirir el edificio, está reconociendo y respetando el contrato de venta efectuado entre «C» y «B», mediante el cual «B» se hizo propietario.

III. Efectos internos del contrato

1. Concepto

(1134) Los efectos internos del contrato consisten en producir obligaciones, las cuales, sólo afectan a las partes y no perjudican ni aprovechan a los terceros. Sólo el titular del derecho de crédito (acreedor) puede exigir el cumplimiento de la obligación; sólo el deudor es la persona que está obligada a cumplir la obligación. Un tercero, un extraño a la relación contractual, no puede ni exigir el cumplimiento ni tampoco estar obligado a cumplir.

Ello hace indispensable determinar qué debe entenderse por partes y qué debe entenderse por terceros.

2. Las partes

(1135) Por partes se entiende las personas que por un acto de su propia voluntad han celebrado el contrato, que han consentido en crear un vínculo jurídico entre ellas, comprometiendo sus respectivos patrimonios. Estas personas pueden intervenir personalmente en la celebración del contrato, o estar representadas en su perfeccionamiento,

sea esa representación de origen legal o convencional. El representante, por no haber actuado en su propio nombre, no tiene el carácter de parte; es un tercero.

Algunos autores contemporáneos consideran que con posterioridad a la celebración del contrato hay circunstancias que pueden convertir a quienes inicialmente son terceros en partes: los causahabientes a título universal, los que se adhieren a una convención colectiva y los cesionarios del contrato.

3. Los terceros

(1136) Los terceros son las personas cuya voluntad de ninguna manera ha intervenido en el contrato. En un sentido estricto son las personas que reciben en doctrina la denominación de *«penitus extranei»*.

Son las personas totalmente extrañas al contrato. Respecto de ellas, el contrato no los convierte en deudores ni acreedores, pero no pueden desconocer su existencia ni la situación jurídica creada por el contrato y deben abstenerse de todo hecho que pueda impedir la ejecución del contrato.

Para precisar el concepto hay que referirse a las personas que están en una categoría intermedia; no son partes ni terceros en sentido estricto.

4. Categorías intermedias

(1137) Siendo la autonomía de la voluntad el fundamento de las obligaciones contractuales se comprende fácilmente que el contrato solo puede afectar a las personas cuya voluntad ha intervenido en su formación, y no a las personas ajenas al contrato.

Al lado de estas figuras antagónicas de partes y de terceros existen categorías intermedias que la doctrina ha tratado de calificar ya como partes, ya como terceros, según la posición que ocupen en la relación jurídica. Esta categoría intermedia viene a estar constituida por los

causahabientes universales o a título universal, los causahabientes a título particular y los acreedores quirografarios.

Hay una tendencia en la doctrina contemporánea francesa (Ghestin) que extiende la noción de parte a quienes se adhieren a un contrato colectivo y aquellos casos de sucesión a título particular en los cuales por efecto de la ley, algunas personas que no intervienen en la celebración quedan obligadas o se convierten en acreedores. Para estos autores solo hay partes y terceros (penitus extranei).

A. Causahabientes a título universal

Los causahabientes universales son aquellos que suceden a una de las partes en la totalidad de su patrimonio, tal como el heredero único. El causahabiente a título universal, lo sucede en una parte alícuota de su patrimonio; ejemplo, cuando existen varios coherederos. Ambas clases de causahabientes suceden al causante, tanto en su activo como en su pasivo, y se les denominan en doctrina causahabientes universales. La muerte de una persona física da lugar a la sucesión a título universal, porque se considera que el de cujus continúa en la persona de sus herederos. También se produce la sucesión a título universal respecto de las personas jurídicas en el caso de fusión de compañías de comercio (Arts. 34 a 346 C. Com) y de la traslación de patrimonio de una fundación cuyo objeto se ha hecho ilícito o imposible a otra fundación (Art. 23 CC), en cuyo caso se considera extinguida la persona jurídica cuyo patrimonio ha sido transmitido a la que subsiste (Art. 346 C.Com).

Los causahabientes universales suceden a su causante en la totalidad o en una parte alícuota de su patrimonio, tanto en su activo como en su pasivo y son para la mayor parte de la doctrina, los continuadores jurídicos de su personalidad; por ello una vez que se produce la sucesión (muerte del causante y aceptación expresa o tácita de la herencia) son considerados partes y no terceros en los contratos celebrados por su causante, contratos que sí producen plenos efectos para ellos, y por lo tanto pueden ser acreedores o deudores en las

obligaciones nacidas de dichos contratos. Tal principio es confirmado por el artículo 1163 del Código Civil: «se presume que una persona ha contratado para sí y para sus herederos o causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario, o cuando no resulte así de la naturaleza del contrato».

Existen contratos que por su propia naturaleza no obligan a los causahabientes universales: los contratos *intuitu personae,* pues las cualidades personales del causante son determinantes del consentimiento.

Están excluidos de los efectos internos del contrato, cuando expresamente lo han querido las partes; por ejemplo, el contrato de arrendamiento de casa por la vida del arrendatario (Art. 1580 CC), o por la naturaleza del contrato: contratos intuitu personae, en los cuales se ha tenido en especial consideración la identidad o cualidades de las partes: mandato, servicios profesionales, trabajo, siempre respecto del trabajador, excepcionalmente respecto del patrono (auxiliar del profesional).

La doctrina asimila a los causahabientes a título universal a las partes, porque aun cuando no intervinieron en la celebración del contrato sufren sus consecuencias (obligaciones) y se aprovechan de sus ventajas (acreencias), excepto en los derechos puramente personales (usufructo – Art. 584 CC, último aparte) uso y habitación (Art. 631), renta vitalicia (Art. 1792 CC), contrato de trabajo. Los causahabientes a título universal no son considerados como terceros, les es oponible el contra documento (Art. 1362 CC) y la fecha de los documentos privados (Art. 1359 CC), por lo que hoy buena parte de la doctrina los considera simplemente partes.

B. Causahabientes a título particular

Los causahabientes a título particular son aquellos que suceden a su causante en un derecho individualizado, en un objeto determinado que forma parte de su patrimonio y no en el conjunto de derechos y

obligaciones que integran dicho patrimonio. Ejemplo: el legatario que sucede al de *cujus* en la cosa objeto del legado, el comprador de un inmueble o de un fondo de comercio respecto del vendedor.

El causahabiente a título particular es un tercero y no le afectan los contratos efectuados por el causante, sino excepcionalmente por la naturaleza del derecho afectado o por disposición expresa de la ley.

a) Cuando se trata de *contratos que establecen derechos reales* sobre la cosa objeto del contrato, el causahabiente a título particular sufre los efectos del contrato y las cargas y derechos reales afectan al causahabiente a título particular (ejemplo, inmueble hipotecado o gravado con servidumbres, que pasa a quien lo adquiera con los mismos gravámenes).

Parte de la doctrina considera que estos casos no son propiamente una excepción al principio de la relatividad, sino más bien un efecto típico de los derechos reales.

En general, el beneficio de los contratos relativos al bien transmitido pasa al causahabiente a título particular. En tal sentido éste es considerado como parte.

Los actos que pretenden constituir derechos reales u obligaciones después de la transferencia, no tienen efecto frente a los causahabientes a título particular, quienes siempre serán terceros respecto de dichos actos.

b) En cuanto a los *contratos que establecen una obligación o derecho personal*, sean efectuados antes o después de la transferencia, no producen efectos respecto al causahabiente a título particular, quien en este caso es considerado como tercero; salvo en los casos excepcionales preceptuados en la ley con respecto a ciertos contratos celebrados por el causante antes de la transmisión del derecho, a saber:

- En materia de arrendamiento (Art. 1605 CC), el adquirente debe respetar el contrato de arrendamiento efectuado entre el anterior propietario y el inquilino (Art. 19 del Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios).

Los contratos de arrendamiento celebrados por el usufructuario y que se venzan después de terminado el usufructo, continúan con el nudo propietario, quien debe respetarlos (Art. 598 CC).

- En materia de venta de fondos de comercio, de no cumplirse los requisitos de publicidad previstos en el artículo 151 del Código de Comercio, el adquirente es solidariamente responsable con el enajenante frente a los acreedores de este último.
- En los casos de sustitución de patronos (Arts. 88, 89 y 90 LOT).

C. Acreedores quirografarios

Acreedor quirografario es aquel que tiene un derecho indiscriminado y no privilegiado ni preferente sobre los bienes de su deudor. Es el acreedor normal u ordinario, en contraposición con el acreedor que tiene un privilegio (acreedor privilegiado) o con el acreedor que tiene un crédito garantizado por un derecho real sobre un bien determinado del patrimonio del deudor (acreedor hipotecario o prendario).

La doctrina discute la naturaleza de estos acreedores. Así tenemos:

Algunos autores asimilan los acreedores quirografarios a los causahabientes universales o a título universal.

Fundamentándose en lo dispuesto por los artículos 1863 y 1864 del Código Civil: el deudor está obligado a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber (Art. 1863); y los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual si no hay causas legítimas de preferencia (Art. 1864).

De tal fundamento, los partidarios de este criterio deducen varios argumentos a favor de que los acreedores quirografarios se asimilan a los causahabientes universales:

a) Los causahabientes universales tienen vocación al patrimonio indiferenciado del causante, igual que los acreedores quirografarios tienen un crédito contra todos los bienes del patrimonio del deudor, que es además su prenda común.

b) Los herederos no tienen jerarquía alguna entre ellos, lo mismo que ocurre con los acreedores quirografarios.

c) Los causahabientes a título universal se benefician o se afectan con las oscilaciones del patrimonio del causante derivadas de los actos efectuados por éste (ejemplo, un heredero tiene que aceptar los actos efectuados por su causante, al igual que los acreedores quirografarios, de modo que ambos se benefician o se perjudican según la mayor o menor cuantía de ese patrimonio). Dichas personas no pueden intervenir en la administración o disposición de los bienes del causante, de la misma manera que el heredero no puede intervenir en la administración de los bienes de su causante, mientras viva o se cause la herencia.

Esta tesis ha sido totalmente desechada por la doctrina contemporánea por ser falso su fundamento. Los acreedores quirografarios no quedan obligados ni se hacen acreedores de los contratos que haya celebrado su deudor; solo se perjudican o benefician del resultado económico de la gestión que el deudor haga de su patrimonio; no pueden intervenir en la administración de los bienes de su deudor, precisamente por ser terceros. Solo en caso de liquidación del patrimonio del deudor por su insolvencia (quiebra, Arts. 940, 1040 y 1048 C. Com) o de la cesión de bienes (Arts. 1934 CC y sgtes.) es que realmente entran en juego los principios según los cuales los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual, salvo las causas legitimas de preferencia.

Por ello la doctrina contemporánea considera que los acreedores quirografarios son terceros, no le son oponibles la fecha de los documentos privados, ni los contra documentos.

D. Los Penitus extranei

No tienen ninguna vinculación con las partes; pero el contrato le es oponible como una situación jurídica.

IV. EXCEPCIONES RESPECTO DE LOS EFECTOS INTERNOS

(1138) Las excepciones respecto de los efectos internos del contrato están constituidas por aquellos casos en que el contrato produce efectos obligatorios en favor o en detrimento de los terceros.

1. Contratos que producen efectos en favor de los terceros

A. Casos en que los terceros se convierten en acreedores por un contrato.

Dentro de éstos tenemos la estipulación a favor de terceros, en el cual el beneficiario puede exigir del promitente la prestación que éste ha contratado con el estipulante. Obsérvese que el beneficiario no es parte del contrato cuya prestación reclama (Arts. 1164 y 1165 CC).

B. En los casos en que la ley concede acción directa, tal como la acción del arrendador contra el subarrendatario por el monto del canon de arrendamiento de que sea deudor al tiempo de la introducción de la demanda (Art. 1584 CC).

C. En el contrato de arrendamiento de servicios, los trabajadores empleados en la construcción de un edificio o de otra obra por ajuste, tienen acción contra el propietario de la obra por lo que deba al empresario (Art. 1643 CC).

D. En materia de contrato de trabajo, el trabajador del intermediario tiene acción directa contra el beneficiario de la obra (Art. 54 LOT), así como los trabajadores del contratista, cuya actividad es inherente o conexa con la del beneficiario de la obra o servicios (Arts. 55 y 56 LOT).

E. Los contratos colectivos favorecen a los trabajadores que no sean miembros del Sindicato que lo haya celebrado (Art. 508 LOT) y a los trabajadores que en el futuro contraten con el patrono (Art. 509 LOT).

2. Actos que producen efectos contra los terceros

1º Los actos a título oneroso efectuados de buena fe por el heredero aparente producen efecto con respecto a los verdaderos herederos (artículo 1001 del Código Civil).

2º El pago de buena fe efectuado por el deudor al poseedor del crédito es válido frente al verdadero acreedor (Art. 1287 del Código Civil).

V. La oponibilidad del contrato (efectos externos del contrato)

1. Concepto

(1139) La oponiblidad del contrato es un complemento necesario de su relatividad, que regula los efectos del contrato frente a terceros. La regla general respecto a los efectos externos del contrato es precisamente contraria a la expuesta en relación a sus efectos internos. Si respecto de estos rige la regla de no producir efectos frente a terceros: *Res inter alios acta, aliis prodesse nec nocere potest,* en materia de efectos externos, la norma general es que el contrato produce ciertos efectos contra todos, dentro de ciertos límites en el sentido de que cada contrato entre las partes, para los terceros es un hecho que existe en el terreno de la realidad. Los terceros tienen que reconocer la existencia del contrato ajeno, que puede cambiar una situación jurídica que los afecta. El deudor deberá abstenerse de pagar a su acreedor primitivo cuando este le notifique que ha cedido el crédito a un tercero (Art. 1550 CC). Este reconocimiento se produce en el mundo real, aun en los casos en los cuales no haya ninguna relación jurídica entre el tercero y alguna de las partes contratantes. Así, el empleado de una estación de servicio que, por mera cortesía, me ha permitido estacionar mi automóvil dentro de ella y un día, un empleado nuevo no me permite estacionarlo allí, participándome que el anterior empleado fue despedido. Acepto lo que se me dice y estaciono mi automóvil en otro lugar. Soy un tercero

alieni juris, respecto a los dos empleados de la estación de servicio, al operador de ésta y a la relación existente entre este y el dueño del inmueble. Como tercero al aceptar que no se me permita estacionar allí, estoy reconociendo implícitamente la existencia de los contratos de trabajo entre ambos empleados y el operador de la estación de servicio (el primero que me autorizó y el nuevo contrato con el empleado que me negó el acceso actual), el contrato o contratos que vinculan a éste con el propietario del inmueble y el que éste celebró con su causante. Yo no he quedado obligado por ninguno de esos contratos, no han producido efectos internos respecto de mí, pero me son oponibles en el sentido de que debo reconocer su existencia y la situación creada por ellos.

Tanto los contratantes pueden oponer el contrato a los terceros, como estos a los contratantes. Sin embargo, esa oponibilidad no es absoluta.

2. Requisitos

(1140) Para proteger los derechos de los terceros existen instituciones y reglas para que un contrato pueda ser opuesto a un tercero, de manera de preservar y garantizar sus derechos frente a los contratantes.

De allí la doctrina, en protección de los terceros, exige ciertos requisitos para la oponibilidad:

A) Que el contrato exista y sea válido. En consecuencia, los terceros a quienes se opone el contrato están legitimados para impugnarlo.

B) Certeza de la existencia del contrato, lo que implica la prueba del mismo, bien sea por un documento auténtico, o por cualquier otro medio que se considere conducente.

C) La fecha cierta del contrato, que en materia civil queda restringida a los casos previstos en el artículo 1359 del Código Civil; y

que en materia mercantil puede probarse libremente (Art. 127 C. Com), presumiéndose cierta en la letra de cambio, pagaré y otros instrumentos a la orden.

D) El cumplimiento de los requisitos exigidos por el régimen de publicidad de los derechos reales (posesión de buena fe, tratándose de bienes muebles, y registro del contrato, tratándose de bienes inmuebles) o el conocimiento efectivo de la existencia del contrato por el tercero a quien se le opone.

3. Efectos del desconocimiento de la situación jurídica producida por el contrato

(1141) El tercero que desconoce la situación jurídica creada por el contrato, puede incurrir en responsabilidad extracontractual, cuando intencionalmente o por negligencia efectúa actos en violación de los derechos de alguna de las partes. Así, cuando el vendedor no ha entregado oportunamente la mercancía vendida, por culpa del transportista, éste es responsable ante el comprador; el transportista del pasajero que muere en un accidente, es responsable del daño ocasionado a quien tenía derecho a una pensión de alimentos (responsabilidad por rebote).

En estos casos, se discute si la responsabilidad es siempre extracontractual. Parte de la doctrina francesa contemporánea distingue.

En los casos de contratos subordinados, en los cuales la finalidad perseguida por dos o más contratos es la misma, o en el cual uno de ellos es un medio para cumplir la obligación del otro contrato, se considera que la responsabilidad es contractual, y se aplican las cláusulas de limitación de responsabilidad. En el primer ejemplo propuesto, la obligación del transportista de entregar la mercancía al comprador es un medio para que el vendedor cumpla con su obligación de hacer la tradición. En cambio, en el segundo ejemplo, la responsabilidad es extracontractual.

4. Afectación de terceros

(1142) También la renuncia de un derecho por una de las partes contratantes, puede afectar al tercero. Habiendo deteriorado una persona un camino público dentro de un fundo agrícola arrendado y habiendo celebrado las partes una transacción por la cual el propietario dispensa a su arrendatario de reponer el camino a su estado anterior, condonando la obligación de repararlo, el propietario no puede exigir la reparación del daño al tercero responsable (autor del deterioro del camino), quien se aprovecha así de un contrato del cual no es parte (Casación francesa 16-5-60).

5. Efectos y límites de los efectos externos

(1143) A. Contratos por los cuales se transmite o crea un derecho real

Teniendo el derecho real un efecto erga omnes, los terceros no pueden desconocer el contrato por el cual se ha transmitido el derecho real o constituido el mismo (usufructo, uso, habitación, hipoteca), siempre que se hayan cumplido los requisitos de publicidad registral que sean aplicables. El tercero puede alegar un derecho real sobre el mismo inmueble, en cuyo caso es indispensable que el respectivo documento esté registrado (Art. 1924 CC); por ejemplo, quien alega ser propietario, usufructuario, titular de una hipoteca. En cambio, si lo que hace valer es un derecho personal puede ampararse en un documento autenticado que demuestre la existencia del título que le otorga el derecho, que en este caso tiene fecha cierta.

B. Contrato por los cuales se transmite un derecho personal

Tampoco pueden desconocer la transmisión de derechos personales; bien sea por cesión del crédito, en cuyo caso es necesario que el deudor haya sido notificado o haya aceptado la cesión (Art.

1550 CC), o por pago con subrogación (Art. 1301 CC). Para algunos la cesión del contrato convierte al cesionario en parte, porque es acreedor y deudor de las obligaciones nacidas del mismo (contrato bilateral).

En cuanto a los contratos que crean prestaciones de hacer o de no hacer, los terceros deben respetar la nueva situación jurídica producida por el contrato del cual no han sido partes, siempre que se cumplan los requisitos señalados para la oponibilidad del contrato.

C. Los acreedores quirografarios

Sufren los cambios del patrimonio de su deudor, como consecuencia de los contratos celebrados por estos, salvo los actos fraudulentos, que pueden ser atacados mediante la acción pauliana o revocatoria.

D. Los causahabientes a título particular

Se amparan frente al tercero en contratos por los cuales adquirieron el derecho de propiedad, o mediante el cual les fue transmitida la titularidad de un derecho personal. Así, quien reivindica un inmueble opone a la persona a quien le exige la restitución, el contrato de compraventa o de donación por el cual adquirió, contrato en que no ha sido parte, siempre que se haya cumplido con el registro de dicho documento (Art. 1924 CC). El título que origina la propiedad determina la extensión del derecho transmitido, limitado por la servidumbre, usufructo o hipotecas que le hayan podido constituir sus causahabientes.

6. Actos que no son oponibles a los terceros

(1144) **A)** El documento privado o contra documento que demuestre la simulación no es oponible a terceros (Art. 1362 CC). Los terceros siempre podrán impugnar el contrato que se les opone

alegando la simulación, y a ellos no es oponible el documento privado o contra documento que demuestre la simulación (Art. 1362 CC); pero el tercero si se puede aprovechar de ese contra documento.

B) Los documentos privados otorgados por el deudor no tienen fecha cierta respecto de terceros, salvo los casos previstos en el artículo 1359 CC, y en materia mercantil en relación a la letra de cambio, pagaré y cheque, cuya fecha se presume como cierta (Art. 127 C. com.). En los demás documentos mercantiles se puede probar la certeza de la fecha con cualquier medio de prueba conducente.

C) Los actos fraudulentos del deudor que hayan sido declarados como tales (Art. 1279 CC).

BIBLIOGRAFÍA

Colin, Ambrosio y Capitant H. Ob. Cit. Tomo III, Título I – Primera Parte, Cap. III – (475), págs. 694 a 700 y 737 a 739.

De Page, H. Ob. Cit. Tomo 1, Nºs 117 a 123, págs. 152 a 168. Tomo II, N° 612 a 616, págs. 580 a 585.

Mazeaud, Henri-Leon-Jean. Ob. Cit. Parte II, Vol. III, N°s 742 a 765, págs. 34 a 55.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Arts. 1159 a 1168, págs. 231 a 269.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs 364 a 373, págs. 659 a 686.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit Títulos LIII y LIV, págs. 277 a 253.

Messineo, F. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Tomo II, Cap. XII, Nºs 18 al 19, págs. 182 a 188.

Starck, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 1445 a 1501, págs. 501 a 519.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 437 a 480, págs. 382 a 402.

Ghestin, Jacques. Traite De Droit Civil – Les Effets du Contrat – 2° Edition. Libraire General De Droit et de Jurisprudence. París, 1994, N° 318 a 427, págs. 366 a 485.

Pesci-Feltri, Mario. Relaciones Contractuales y los Terceros. Revista de la Facultad de Derecho. UCV. Caracas. N° 23, Junio 1962, págs. 137 a 173.

Jurisprudencia

Causahabiente a título particular

4-12-74 CSJ SCC J. Corte Suprema Pierre Tapia, N° 12, pág. 104.

Las partes

6-8-64 CSJ SCC G. Forense N° 45, pág. 449.

Terceros

9-2-60 CSJ SCC G. Forense N° 27 (2° Etapa), págs. 54/55.

Oponibilidad del contrato

9-2-60 CSJ SCC G. Forense N° 27 (2° Etapa), págs. 53/54.

Capítulo 33
LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

SUMARIO

I. LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO. 1. Concepto. 2. Calificación por el legislador. 3. Calificación e interpretación. II. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. 1. Concepto. 2. Interpretación de la ley y del contrato. 3. Métodos de interpretación. 4. Norma legal. A) Las exigencias de la ley. a) La interpretación textual. b) Las normas imperativas. B) Las reglas de la lógica. C) La buena fe. III. LA INTEGRACIÓN. 1. Concepto. 2. Las normas supletorias. 3. Los usos normativos. 4. La equidad.

I. La calificación del contrato

1. Concepto

(1145) Consiste en determinar en cuál tipo de contrato nominado está comprendida la convención celebrada por las partes, qué contrato nominado (regulado por el Código Civil, Código de Comercio, u otras leyes) es el que han convenido. Se trata de una cuestión de derecho: subsumir las obligaciones creadas por las partes en los supuestos de hecho previstos en la ley para cada contrato tipo. Siendo una cuestión de derecho, el juez no queda sometido a la calificación que le hayan dado las partes. Si digo te dono mi automóvil y tú me regalas el tuyo,

no hay donación, sino permuta. ("La permuta es un contrato por el cual cada una de las partes se obliga a dar una cosa para obtener otra por ella" – Art. 1558 CC).

2. Calificación por el legislador

(1146) En ciertos casos la ley califica la naturaleza de ciertos contratos: "Se entenderá que son ventas a plazo los arrendamientos de cosas muebles con la obligación de transmitir al arrendatario en cualquier tiempo la propiedad de las cosas arrendadas; es la llamada arriendo venta (Art. 1579 CC, aparte primero). "Cuando el depositario tiene permiso de usar la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza y ya no es depósito, sino mutuo o comodato, desde que el depositario haga uso de ese permiso" (Art. 1759 CC).

3. Calificación e interpretación

(1147) La calificación del contrato puede implicar una previa interpretación de la intención de las partes. Si doy en comodato una cosa por seis meses, y el comodatario se obliga a pagar diez mil bolívares diarios por cada día de retraso en la entrega, estamos en presencia de un comodato, pues el pago de una suma por concepto de cláusula penal no lo desnaturaliza. Pero si vencido el término recibo mensualmente, por varios meses o años el monto de la cláusula penal, la verdadera intención de las partes, revelada por la ejecución del contrato, ha sido celebrar un arrendamiento.

En los contratos innominados nos encontramos con frecuencia con verdaderos contratos nominados o una combinación de contratos nominados. Allí se requiere un análisis de las obligaciones de las partes para calificar debidamente el contrato, pues la cuestión sigue siendo de derecho.

La calificación del contrato es necesaria para la integración del contrato; es decir, para determinar cuáles son las normas supletorias e imperativas aplicables.

Siendo una cuestión de derecho, aun faltando el alegato de alguna de las partes, el Juez debe calificar el contrato, aun en contra del acuerdo expreso de ambas partes dándole una calificación distinta a la que procede.

II. La interpretación de los contratos

1. Concepto

(1148) Siendo la autonomía de la voluntad el fundamento de la obligatoriedad del contrato, es evidente que el juez, al interpretar el contrato, debe examinar y determinar cuál ha sido la intención de las partes al celebrarlo; mejor dicho la común intención de las partes.

2. Interpretación de la ley y del contrato

(1149) En la interpretación de la ley el intérprete debe atenerse a la intención del legislador (Art. 4 CC). Fácilmente se comprenderá que creando la ley normas abstractas de carácter general, que producirán determinados efectos jurídicos cuando se dan los supuestos de hecho previstos en la norma legal, el intérprete no puede limitarse a una interpretación literal o gramatical ("el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí") ni solamente al pensamiento que impulsó al legislador al promulgarla (exposición de motivos, trabajos preparatorios, actas del órgano legislativo), sino que deberá tomar en consideración las circunstancias psicológicas y sociales que dieron lugar a su creación. El cambio de tales circunstancias con el devenir del tiempo influyen de manera determinante en la interpretación de la ley, tanto así que según buena parte de la doctrina, tales cambios pueden permitir la modificación de la norma, cuando su interpretación original sea incompatible con la situación presente.

En la interpretación del contrato, que crea normas de carácter particular que rigen solo entre determinadas personas, el cambio de las circunstancias no permiten al intérprete modificar en modo alguno la real y efectiva voluntad de las partes, alegando un cambio de circunstancias sociales, en virtud del principio de la intangibilidad del contrato, a menos que normas de orden público dictadas con posterioridad a su celebración, impidan o modifiquen los efectos queridos por las partes y siempre que se respete el principio de la irretroactividad de la ley.

La interpretación de la ley y del contrato, tienen en común que el intérprete debe atenerse al sentido propio de las palabras y la conexión de ellas entre sí. En la interpretación de los contratos pareciera que debe prevalecer la interpretación gramatical, aplicando textualmente el artículo 12 CPC ("en caso de oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito e intención de las partes"); pero tal posición tiene que desecharse porque el intérprete debe también tener "en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe".

Además, para determinar si no hay "oscuridad, ambigüedad o deficiencia", es preciso interpretar el contrato en su conjunto, pues es frecuente que una frase clara puede estar contradicha por otra cláusula del contrato. El sentido textual o gramatical es solo el medio que utilizan las partes para expresar su intención; pero allí no se agota la interpretación por el juez.

Tratándose de una cuestión en la cual no está interesado el orden público, y siempre que no se trate de una cuestión de mero derecho, como la calificación del contrato, el convenio que celebren las partes en cuanto a su intención, es para la doctrina francesa, vinculante para las partes y para el juez.

3. Métodos de interpretación

(1150) La doctrina ha establecido dos métodos de interpretación: a) método subjetivo o clásico y b) método objetivo o social.

El método subjetivo busca la intención común de las partes mediante un examen histórico o psicológico de lo que persiguen las partes al contratar. Esta tesis se inspira en la autonomía de la voluntad y considera que la buena fe es el respeto consciente de lo que las partes han querido, la tácita voluntad de las partes. Tratándose de intereses contrapuestos, la intención de cada parte será la que le produzca un resultado favorable; la labor del intérprete será buscar una armonía entre los intereses contrapuestos.

El método objetivo considera que buscar la común intención de las partes mediante una indagación psicológica o histórica es artificial, porque la intención de cada una de las partes es diferente. Al existir una ambigüedad o deficiencia en el contrato, cada una de las partes habrá pensado en la solución que le sea más favorable. Por ello, el juez en vez de buscar una común intención de las partes, deberá atenerse "al bien común", a la buena fe, a los usos contractuales y a la equidad, deberá basarse en lo que generalmente hacen otros contratantes, en lo que se deduce de lo que otras personas hubieran hecho al encontrarse en la misma situación.

Ambos métodos de interpretación se complementan, razón que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a combinarlos para una adecuada interpretación de lo que ha sido la común intención de las partes.

Siendo el contrato producto de la voluntad de las partes, no puede prescindirse de lo que ellas han querido, del elemento subjetivo que le imprime determinado sentido a lo que ambas partes buscan mediante el contrato, no pudiendo el intérprete fundamentándose en razones abstractas, imponerles una conducta totalmente ajena a lo que ha sido su común intención.

4. Norma legal

(1151) El artículo 12 CC, en su ordinal 1°, dispone:

"En la interpretación de los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito

e intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en miras las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe".

Esta norma contiene reglas precisas para la interpretación de los contratos, no debe entenderse como una guía en la interpretación de los contratos, sino como una norma jurídica que los jueces deben aplicar con todo rigor, pues les señala la conducta que deben seguir al interpretar un contrato.

A pesar de ello, nuestra Casación sigue insistiendo que la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho; pero la doctrina venezolana actual, en su mayoría, considera que es una cuestión de derecho, que permite plantear esta materia en Casación, especialmente por la redacción de las normas que contempla el falso supuesto como motivo de casar la sentencia en el nuevo Código de Procedimiento Civil, posición a la cual nos adherimos.

En el Código Civil vigente, no se encuentran ningunas normas para la interpretación de los contratos, como si existen en los Códigos Civiles francés, italiano, español y la mayoría de los latino americanos.

Sin embargo, las reglas contenidas en el artículo 12 CPC, son suficientes para determinar la conducta que debe seguir el juez al interpretar el contrato.

A) Las exigencias de la ley

Dicha norma indica al Juez que tenga en mira "las exigencias de la ley", lo que implica que a la declaración de las partes para expresar su voluntad, no debe dársele un sentido contrario a la ley, sino el significado que esta les atribuye, y que deben ser interpretadas en conciliación con la ley; debe entenderse que están incluidas en la voluntad de las partes las normas legales de naturaleza imperativa.

a) La interpretación textual

La interpretación textual del contrato debe hacerse dándosele a cada palabra el sentido o significado que tiene en el lenguaje común

en el lugar de la celebración del contrato, en su significado jurídico, y teniendo en consideración la profesión de los contratantes, cuya ciencia o técnica puede atribuirle un sentido específico, como un contrato de obra que debe ser entendido como lo hace la respectiva técnica.

El intérprete no puede limitarse a la interpretación textual de una cláusula, sino que debe tener en consideración la totalidad del texto, pues si hay contradicciones el Juez deberá determinar cual de ellas prevalece. La doctrina considera que el texto contenido en las condiciones particulares priva sobre las condiciones generales de contratación, que una cláusula contraria a las llamadas cláusulas de estilo, tiene primacía, pues debe entenderse que la voluntad común de las partes ha sido derogar tal cláusula.

A veces la propia ley le da un determinado significado a una palabra, como cuando se define como mueblaje "los muebles destinados al uso y adorno de las habitaciones, como tapices, camas, sillas, espejos, relojes, mesas, porcelanas y demás objetos semejantes" (Art. 505 C); "casa amueblada, y casa con todo lo que en ella se encuentra" (Art. 536 CC). Aun así, la ley considera que "no tendrán aplicación cuando las expresiones a que se refieren resulten con un sentido diferente a la intención de quien las emplea".

b) Las normas imperativas

También las normas imperativas completarán la voluntad de las partes, se impone la voluntad de la ley, sustituyendo inclusive la expresa intención de las partes; por ejemplo, si el trabajador se ha obligado a prestar servicios durante 60 horas a la semana, lo que contraviene lo dispuesto en la LOT, se entenderá que su jornada está limitada al máximo permitido por la ley.

B) Las reglas de la lógica

El juez deberá indagar la común intención de las partes, no solamente de lo que éstas han expresado, sino que deberán aplicar todas las reglas que le indique la lógica para encontrar la verdad.

A este efecto, la doctrina, inspirándose en las distintas legislaciones que contienen normas sobre el particular, ha establecido una serie de criterios que se aplican individualmente o en conjunción con otros, sin que exista un orden de prelación entre tales reglas.

Se dice que a las expresiones de las partes en el contrato se les debe dar el sentido que tengan algún significado, en virtud del principio de la conservación del contrato, debe tenerse en consideración la totalidad del texto del contrato, y no cada cláusula en forma aislada, que ante una cláusula general y una cláusula específica, esta debe prevalecer, se debe preferir la interpretación que resulte de la naturaleza del contrato, debe interpretarse en contra de la parte que lo redactó, pues tuvo oportunidad para meditar sobre el contenido de la declaración.

Otros elementos no resultan directamente de su redacción, como lo que las partes dijeron antes de celebrar el contrato y su comportamiento durante la ejecución del mismo, la personalidad de los contratantes, la interpretación que las partes le hayan dado a otros contratos similares celebrados entre ellas, los usos del lugar, llamados usos interpretativos; es decir, a la conducta que generalmente observan los contratantes en el mismo lugar, o en la misma esfera de actividades de los mismos. También se considera que el contrato debe ser interpretado a favor del deudor, en los contratos a título gratuito debe entenderse que la menor transmisión ha sido la querida por las partes, en los contratos a título oneroso la que convenga más a la naturaleza del contrato, a un adecuado equilibrio entre las recíprocas prestaciones.

Mediante la aplicación de estos criterios, el juez puede llegar a indagar cuál fue la intención común de las partes al contratar.

C) La buena fe

El artículo 1160 del Código Civil dispone: "que los contratos deben ejecutarse de buena fe". La doctrina contemporánea le ha dado una amplitud mucho mayor al principio de la buena fe en la

contratación. En efecto, se considera que este principio no solo rige para la ejecución del contrato, sino también desde su formación.

El intérprete debe tener en consideración la buena fe en la interpretación del contrato; es decir, que debe atribuírsele a las partes un comportamiento ético en la formación del contrato, que comprende la obligación de enterar a la otra parte de los elementos determinantes de su voluntad, no ocultar los vicios de la cosa y en general mantener una actitud de lealtad hacia su cocontratante: El vendedor de un aparato peligroso deberá informar al comprador los riesgos en que incurre, el médico deberá informar al paciente las consecuencias de una intervención quirúrgica, el abogado debe poner de relieve la temeridad de intentar una acción infundada. Las cláusulas del contrato deberán interpretarse de manera tal que tales deberes de información y lealtad no han sido excluidos con frases generales que pretendieran hacerlo.

En definitiva, en su labor de interpretación del contrato el juez deberá determinar cuál ha sido la común intención de las partes, indagando mediante el examen del contrato en su integridad, y aplicando las reglas que le dan la ley y la razón para encontrar la verdad, sin que en ningún caso pueda extenderse a utilizar criterios, como pudiera serlo "lo que es justo", o en el "bien común", que le darán un contenido que nunca fue la intención común de las partes.

III. La integración

1. Concepto

(1152) Las partes generalmente desconocen todas las consecuencias jurídicas que se derivan del contrato que han celebrado. En consecuencia, hay lagunas en el contrato que no se podrán resolver con la interpretación de la común intención de las partes, porque estas simplemente no tomaron en consideración todos los efectos que produciría su acuerdo de voluntades. No solamente las partes han podido errar en la calificación del contrato sino que también ignoran sus consecuencias.

La integración del contrato consiste en completar la voluntad de las partes mediante las normas suplementarias aplicables.

El artículo 1160 CC dispone que los contratos obligan no solamente a lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley.

La redacción del artículo 1160 podría dar la idea de que se ha establecido una jerarquía entre las fuentes de integración del contrato en el orden allí señalado, pero es evidente que la ley predomina sobre los usos, y que la equidad es solo el último recurso.

2. Las normas supletorias

(1153) El primer elemento de integración del contrato son las normas supletorias contenidas en la ley.

Si las partes han expresado su voluntad en la forma más sencilla, por ejemplo, te vendo mi automóvil por diez millones de bolívares, las normas que regulan la venta en el Código Civil, permitirán completar la voluntad de las partes: cuándo y dónde debo entregar el automóvil, cuándo y dónde debo recibir el precio, cuál es mi responsabilidad en caso de tener el automóvil vicios ocultos, etc. Siendo normas supletorias, es evidente que las partes han podido derogarlas, pero ello tendría que resultar de una inequívoca intención de las partes.

3. Los usos normativos

(1154) Los usos normativos son aquellas costumbres que se observan en determinada sociedad para regular cierta situación de hecho. Por ejemplo, el art. 1612 al disponer "Se estará a la costumbre del lugar respecto a las reparaciones menores o locativas que hayan de ser a cargo del inquilino".

Se trata de verdaderas normas jurídicas que podrán ser aplicadas por el juez, sin necesidad de petición de alguna de las partes.

4. La equidad

(1155) Finalmente, ante la ausencia de una norma legal o consuetudinaria, la equidad puede ser fuente integradora del contrato. El Juez crea la norma. La equidad no puede entenderse aquí en el sentido de dar a cada quien lo suyo, pues ello podría hacer ineficaz el contrato, violando el principio que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraidas. La equidad no es idónea para sustraer al deudor de sus obligaciones, es templar el rigor del contrato, imponer normas más fuertes al deudor.

Bibliografía

Marty, G. Teoría General de las Obligaciones. Ob. Cit. Vol. 1, págs. 105 a 107.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo VI, Nºs. 373 a 375, págs. 518 a 525.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Arts. 1159 al 1168, Art. 1160, págs. 63 a 129.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs. 293 a 311, págs. 393 a 431.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit. Título XLIII, págs. 229 a 231.

Messineo, F. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Tomo II, Cap. IX, Nºs 1-14, págs. 87 a 125.

Terré F, Ob. Cit. Nºs. 418 a 436, págs. 353 a 366.

Jurisprudencia

Concepto de usos

29-10-64 CSJ SCC G. Forense (2° Etapa), pág. 449.

Interpretación del contrato en su conjunto

15-10-64 CSJ SCC G. Forense N° 46, pág. 390.

Capítulo 34
LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO Y SU INTANGIBILIDAD

SUMARIO

I. EL CONTRATO LEY. 1. Concepto. 2. Crítica del concepto. 3. La intangibilidad del contrato. II. TERMINACIÓN Y MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO. 1. Disposición legal. 2. Disolución o mutuo disenso. 3. Modificación del contrato. 4. El término extintivo. 5. Condición resolutoria. 6. Nulidad y acción resolutoria. 7. La revocación. III. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. 1. Las posibles soluciones a la excesiva onerosidad sobrevenida. 2. Antecedentes. 3. El resurgimiento del problema de la excesiva onerosidad. 4. Los fundamentos de la teoría de la imprevisión. 5. Requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión. 6. Efectos de su aplicación. 7. La teoría de la imprevisión en Venezuela.

I. El contrato ley

1. Concepto

(1156) El artículo 1159 del Código Civil dispone:

"Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley".

La primera frase de esta disposición legal consagra el principio denominado por la doctrina "el contrato – ley", según el cual el contrato es de obligatorio cumplimiento, so pena de incurrir en la responsabilidad civil o en otros efectos del incumplimiento: cumplimiento forzoso, en especie o por equivalente, daños y perjuicios, ausencia de responsabilidad cuando el incumplimiento es debido a una causa extraña, acción resolutoria y excepción de incumplimiento en los contratos bilaterales.

Las partes están obligadas a cumplir el contrato de la misma manera que están obligadas a cumplir la ley, principio que se remonta a Aristóteles, quien definía el contrato como la ley particular que liga a las partes, que se ha reforzado en la Edad Media al aceptar como un principio jurídico la regla moral que obliga a mantener la palabra empeñada (pacta sunt servanda). Nace así el principio de la autonomía de la voluntad como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, que se complementa con el principio rector en materia de cumplimiento de las obligaciones según el cual "las obligaciones deben cumplirse tal como han sido contraidas" (Art. 1264 CC). En definitiva, lo que crean las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad es de obligatorio cumplimiento, y deben cumplirse de la misma manera que las leyes. Si el contrato es una limitación de la propia libertad por una decisión libre y consciente de una persona, ella debe ser respetada y aceptada, y no puede ser modificada por la voluntad de un tercero.

2. Crítica del concepto

(1157) Parte de la doctrina ha criticado el concepto de "contrato-ley", porque las partes no pueden crear obligaciones, producir efectos jurídicos, independientemente de la ley. Es esta la que le otorga al contrato fuerza de ley, de tener que ser cumplido por las partes, quienes no pueden sustraerse a la voluntad de la ley.

No puede entonces entenderse literalmente el significado de la frase: "El contrato tiene fuerza de ley"; hay que admitir que la ley está

por encima del contrato, y que las partes no pueden crear obligaciones contrarias a la ley; solo podrán obligarse en la medida que la ley lo permita.

3. La intangibilidad del contrato

(1158) Desde otra perspectiva, el principio del contrato ley implica su intangibilidad, la imposibilidad de modificarlo por la voluntad de una sola de las partes, ni por el juez, salvo en aquellos casos expresamente previstos por la ley. Inclusive el legislador debe respetar la intangibilidad del contrato, y solo podrá hacerlo cuando el interés general de la sociedad imponga la necesidad de su modificación, siempre que se respete el principio de la irretroactividad de la ley (Art. 24 de la Constitución).

Para el debido desenvolvimiento de las partes, para organizar y desarrollar adecuadamente sus actividades, especialmente económicas, las personas necesitan celebrar contratos estables, que no puedan ser modificados arbitrariamente por las partes, ni aun por el juez, fundándose en razones de equidad, justicia o cambios en la situación de hecho desde su celebración; y que solamente podrán hacerlo por las causas y bajo las circunstancias expresamente previstas en la ley.

De ello también se desprende que el acreedor tiene el derecho a exigir el cumplimiento exacto de las obligaciones de la otra parte, en especie y no en equivalente. El acreedor debe quedar plenamente satisfecho en llenar su interés, y por ello podrá exigir forzosamente el cumplimiento en especie, y solo en caso de imposibilidad de obtenerlo, o cuando ya el objeto de la prestación objetivamente no le interese, tendrá que contentarse con el pago por equivalente.

II. TERMINACIÓN Y MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

1. Disposición legal

(1159) El artículo 1159 CC dice: (Los contratos) "no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento", utilizando erróneamente la palabra "revocar" para referirse a la terminación del contrato por voluntad de ambas partes, figura que la doctrina denomina "disolución" o mutuo disenso. La revocación se utiliza técnicamente para distinguir la facultad unilateral de dar por terminado un contrato por voluntad de una sola de las partes, en los casos previstos por el legislador.

2. Disolución o mutuo disenso

(1160) Siendo el contrato producto de la voluntad de las partes, éstas pueden celebrar un nuevo contrato que tenga por objeto extinguir el anterior ("El contrato es una convención... para modificar o extinguir un vínculo jurídico" – Art. 1133 CC).

Por ser un nuevo contrato, requiere que las partes sean capaces y que no existan vicios del consentimiento, y solo producirá sus efectos para el futuro. Hay dos contratos, el que desaparece y el que extingue el anterior. Si se trata de un contrato con efectos reales, habrá una nueva transmisión de la propiedad en sentido inverso. Los actos cumplidos por el adquirente primitivo, inclusive los derechos reales y las servidumbres, son válidos y producen sus efectos; si el contrato fue registrado, será necesario registrar el nuevo contrato y pagar de nuevo los derechos de registro respectivos. Si la primera venta causó impuesto sobre la renta por un enriquecimiento este subsiste, el impuesto sobre el valor agregado deberá pagarse nuevamente en los casos en que constituya el hecho impositivo. Las partes no tienen la facultad de borrar el contrato, como si nunca hubiera existido, los efectos de su celebración son definitivos. La disolución no tiene efectos retroactivos.

3. Modificación del contrato

(1161) Distinta es la "modificación" del contrato. Las partes pueden disminuir o aumentar las obligaciones nacidas del contrato vigente (aumentar el precio o reducirlo), pueden añadir una cláusula penal o eliminarla, crear un término o una condición suspensiva o resolutoria. Estas modificaciones que no sustituyen, ni hacen desaparecer alguno de los elementos esenciales del contrato, son eficaces, pero sin efecto retroactivo.

Determinar si hay modificación o celebración de un nuevo contrato depende del alcance de la variación: Si en un contrato de compra venta el vendedor renuncia al pago del precio, se desnaturaliza la venta y el nuevo contrato será una donación. En cambio si se reduce el precio de la venta, hay una simple modificación.

4. El término extintivo

(1162) En los contratos de tracto sucesivo se prevé generalmente un término, en cuyo caso el contrato cesa de producir efectos a partir del vencimiento del término extintivo, pero subsisten los efectos ya cumplidos o que se causaron durante su vigencia.

5. Condición resolutoria

(1163) Distinta es la situación cuando las partes han convenido en un condición resolutoria; producido el hecho que constituye la condición, esta opera retroactivamente y se aplican las reglas específicas de dicha modalidad (Arts. 1197 al 1209 CC).

6. Nulidad y acción resolutoria

(1164) El contrato puede terminar como consecuencia de un vicio en su formación (nulidad) o por el incumplimiento de una de las

partes (acción resolutoria), casos en los cuales se requiere la intervención judicial para declarar la desaparición de los efectos del respectivo contrato, que se produce retroactivamente. Las partes pueden convenir en que se han dado los supuestos de hecho previstos en las respectivas normas legales que regulan la nulidad y la acción resolutoria, dando así por terminado el contrato, produciéndose el efecto retroactivo, con las limitaciones señaladas en su oportunidad. La terminación es efecto de la ley y las partes se han limitado a convenir en la existencia de una causa de nulidad o en el incumplimiento de una de las partes, poniendo fin al contrato, sin necesidad de la intervención del juez. Prácticamente es un convenimiento fuera del proceso o puede ser una transacción para prevenir un litigio, siempre que se hayan hecho mutuas concesiones (Art. 1713 CC).

7. La revocación

(1165) La terminación del contrato por voluntad de una sola de las partes, está prevista en varias hipótesis respecto de contratos de tracto sucesivo (Art. 1615 CC – arrendamiento; Art. 1677 CC – sociedad; Art. 1704 CC – mandato; Art. 1731 CC – comodato; Art. 98 LOT – trabajo). En todos estos casos la disolución solo tiene efectos para el futuro, y nunca retroactivo.

Caso especial es la donación, en la cual el donante tiene la facultad de revocar el contrato por causa de ingratitud o supervivencia de hijos (Art. 1459 CC). La doctrina utiliza el término revocación para distinguir la terminación del contrato por voluntad de una sola de las partes, cuando está expresamente prevista en la ley.

III. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

1. Las posibles soluciones a la excesiva onerosidad sobrevenida

(1166) En todo contrato a futuro hay la posibilidad de que se produzca un desequilibrio entre las prestaciones de las partes. En ciertos

contratos ese riesgo está implícito: el contrato de seguro, en la renta vitalicia, en los contratos de compra venta de valores a futuro.

Acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como la guerra o una inflación galopante, producen un cambio en las circunstancias económicas existentes para la celebración del contrato, haciendo extremadamente difícil de cumplir la prestación para una de las partes, no se trata de imposibilidad de cumplimiento que pueda dar lugar a una causa extraña no imputable, sino que el deudor debe hacer un esfuerzo extraordinario para cumplir con la prestación, más allá de lo normalmente exigible. Puede también hacerse exigua la prestación para el acreedor.

Ante la excesiva onerosidad de la prestación para una de las partes, por las circunstancias anotadas, las posibles soluciones al problema que plantea la doctrina son:

A. Una ley especial que resuelva el problema concreto: disminución o aumento de alquileres, control de precios por el Poder Ejecutivo, reducción o limitación de las tasas de interés.

B. Una ley especial que ante determinadas circunstancias permitan al juez o bien declarar resuelto el contrato, o restablecer el equilibrio a las prestaciones, como lo fue la Ley Fray Faillot, dictada en Francia en enero de 1918, que concedió durante cierto tiempo la posibilidad de demandar la revisión de contratos mercantiles de entregas futuras, celebrados con anterioridad a la guerra.

C. Mediante una norma de carácter general que permita a la parte afectada solicitar la resolución del contrato ante las circunstancias anotadas, o su modificación por las partes, como es la norma contenida en el artículo 1467 del Código Civil italiano de 1942.

D. La regulación por las propias partes de los efectos de una excesiva onerosidad.

2. Antecedentes

(1167) Desde la edad media se había buscado conciliar el rigor del principio pacta sunt servanda (la palabra empeñada obliga a cumplir) con la fraternidad que debe existir entre las personas que forman parte de una sociedad, dando lugar a la llamada cláusula rebus sic stantibus (las cosas quedan como están) que se consideró implícita en todos los contratos de ejecución diferida. Ante la situación del deudor que para poder cumplir el contrato sufrirá un descalabro que puede llevarlo a la ruina por nuevas circunstancias imprevisibles para el momento de la celebración del contrato, el acreedor como buen padre de familia no exigirá al deudor cumplir con todo el rigor que le impone el contrato y le permitirá darlo por terminado, o revisar el contenido de la prestación para que el deudor pueda cumplir sin tener que realizar un esfuerzo fuera de sus posibilidades.

Se consideró implícita en todos los contratos de ejecución sucesiva o diferida la llamada cláusula rebus sic stantibus, en virtud de la cual se postula que las partes han partido al contratar que las cosas persistirían en el mismo estado y de allí que si tales circunstancias cambian de una manera sustancial, por hechos extraordinarios e imprevisibles, haciendo excesiva onerosa la prestación para una de las partes, el contrato debe ser resuelto o modificado. Esta teoría, a pesar de tener una tradición histórica de varios siglos, nunca llegó a prosperar en forma definitiva, de allí que el Código Napoleón rechazó la doctrina que preconizaba la cláusula rebus sic stantibus, haciendo prevalecer el principio de la intangibilidad del contrato. Este solo puede ser terminado por las causas expresamente previstas en la ley o por voluntad de las partes.

De allí que las únicas soluciones para el problema de la excesiva onerosidad sobrevenida, son mediante la voluntad de las partes o por una norma legal.

3. El resurgimiento del problema de la excesiva onerosidad

(1168) La primera guerra mundial, y especialmente la post guerra, al dislocar las bases de la economía anterior al conflicto, produjeron un encarecimiento de los bienes y una gran devaluación de la moneda, especialmente en Alemania, que rompían el fundamento económico de los contratos celebrados, al hacerse excesivamente oneroso para el deudor, o inequitativo para el acreedor, produciéndose un verdadero desequilibrio entre las recíprocas obligaciones de las partes. Como hemos mencionado anteriormente, en Francia se dictó una ley especial en 1918 respecto de los contratos celebrados con anterioridad al conflicto (1914) y desde entonces hasta mucho tiempo después de la segunda guerra mundial, se dictaron una serie de leyes especiales para resolver cuestiones especificas.

La jurisprudencia civil francesa ha rechazado sistemáticamente la aplicación de la teoría de la imprevisión. Solo en materia administrativa, por las características del contrato administrativo cuyo objeto es un servicio público, al existir un interés general superior al de las partes, es necesario restablecer el equilibrio económico del contrato, cuando este se ha roto por causas imprevisibles y extraordinarias.

En cambio, en Alemania y en Italia la doctrina y la jurisprudencia admitieron bajo ciertas circunstancias la aplicación de la "teoría de la imprevisión"; es decir, darle al juez la facultad de declarar resuelto el contrato, o de modificarlo.

En el Código Civil italiano de 1942, bajo la influencia de la doctrina que preconiza la función económico social del contrato, se dispuso, en el artículo 1467 lo siguiente:

> En los contratos de ejecución continua o periódica o de ejecución aplazada, si la prestación de una de las partes ha devenido excesivamente onerosa por haberse producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que es deudora de tal prestación puede pedir la resolución del contrato con los efectos que establece el artículo 1458. No puede demandarse la resolución si la sobrevenida onerosidad forma parte del alea normal

> del contrato. La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla mediante el ofrecimiento de una modificación equitativa de las condiciones del contrato.

En muchos otros códigos civiles se ha consagrado la teoría de la imprevisión (Portugal, Guatemala, Bolivia, Paraguay, Cuba, Perú). Otros en cambio, no le han dado cabida, entre ellos el Código Civil venezolano de 1942.

4. Los fundamentos de la teoría de la imprevisión

(1169) En los países en los cuales no se ha consagrado una norma que acoja la teoría de la imprevisión, se pretende fundamentar la teoría de la imprevisión en diversas tesis que se han desarrollado a través del tiempo:

A. En la cláusula rebus sic stantibus, implícita en todo contrato de cumplimiento diferido, tesis que no ha tenido mayor acogida.

B. La teoría de la presuposición, según la cual en el momento de la celebración del contrato las partes han considerado como esencial que las circunstancias económicas no variarán y al cambiar, las partes habrán incurrido en un error sustancial. Tal fundamentación debe rechazarse, porque el error se refiere al momento a la celebración del contrato y no al de su ejecución y además, la doctrina y la jurisprudencia rechazan que el valor pueda considerarse como error sustancial.

C. La presuposición que sería una limitación de la voluntad que deriva de una objetiva situación de hecho común a ambos contratantes, presuponiendo que determinados hechos iban a ocurrir o no y al no producirse en el momento de la ejecución del contrato el consentimiento dejaría de tener fundamento.

La presunción de que no iban a ocurrir cambios es arbitraria, pues si las partes los hubieran previsto, habrían regulado sus consecuencias.

D. La causa. Para quienes consideran que la causa constituye la función económica social que cumple el contrato, la causa no solamente ha de existir en el momento de su celebración, sino durante toda su ejecución. El intercambio de bienes y servicios producido por el contrato, para ser tutelado por el derecho, dependerá de la función económico social que deba cumplir y se considerará que no cumple esa función sino cuando haya una cierta adecuación o equivalencia entre los sacrificios patrimoniales que debe soportar cada una de las partes. Si por el contrario, el contrato se convierte en causa de ruina para una de las partes entonces deja de cumplir su función económico social, haciéndose indigno de la tutela jurídica y quedando por tanto desprovisto de causa.

E. El principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe según el cual las partes deben comportarse con honestidad, lealtad, corrección y no lo haría quien pretenda exigir el cumplimiento literal y exacto del contrato, cuando ello puede poner en riesgo la ruina de la otra parte. Sin embargo, debe señalarse que la buena fe implica ciertamente un nivel de colaboración entre las partes y es importante para la interpretación de su voluntad, pero no tiene ninguna relación con la posibilidad de modificar o terminar el contrato.

F. La equidad, según la cual el juez quedaría autorizado para eliminar una cláusula contractual o modificarla cuando un hecho extraordinario e imprevisible destruye el objeto o la economía misma del contrato. Darle facultades al juez para revisar el contrato fundamentándose en un concepto tan relativo como la equidad, equivale a dejar su cumplimiento al arbitrio del juez, lo que es contrario a todos los principios que se derivan de nuestro Código Civil: las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas y solo las partes pueden extinguir o modificar el contrato por su propia voluntad, o por el juez en los casos expresamente previstos por la Ley.

G. También se ha encontrado conexión entre la imprevisión y el enriquecimiento sin causa, pero es obvio que precisamente el contrato justifica el enriquecimiento de una de las partes. Tampoco puede

considerarse que el acreedor que exija el cumplimiento del contrato ante la excesiva onerosidad de la prestación de la otra parte esté incurriendo un abuso de derecho, pues en tal caso el acreedor no se está excediendo en los límites fijados por el objeto en vista del cual le ha sido conferido el derecho.

En conclusión, ninguno de los fundamentos de la teoría de la imprevisión es suficiente para su aplicación por el juez, cuando no existe una norma legal que lo autorice expresamente.

5. Requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión

(1170) La doctrina, y en general las legislaciones que han consagrado la teoría de la imprevisión, exigen la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Para el momento de la ejecución del contrato, la prestación debe ser excesivamente onerosa. No se trata de que el incumplimiento sea imposible, en cuyo caso pudiera haber lugar a un incumplimiento por causa extraña no imputable o culposo, la excesiva onerosidad no es simple dificultad en el cumplimiento de la obligación, sino que requiera del deudor un esfuerzo exagerado en relación a sus posibilidades económicas (concepción subjetiva), o que el valor de la prestación resulta desproporcionadamente mayor del que era en el momento de la celebración del contrato (concepción objetiva).

b) Que la excesiva onerosidad se deba a hechos imprevisibles y extraordinarios para el momento de la celebración del contrato, como lo sería una guerra, una revolución, que a pesar de no impedir la ejecución de la prestación, implica un cambio de la situación económica para el momento de la celebración del contrato. De ser previsible la consecuencia del hecho extraordinario, estaríamos en presencia de un incumplimiento voluntario.

c) El contrato debe ser bilateral y conmutativo, pues es allí donde se puede producir un desequilibrio entre las recíprocas obligaciones

de las partes. El contrato aleatorio quedaría excluido; pero algunos consideran que si el hecho extraordinario e imprevisible no forma parte del alea del respectivo contrato, debe aplicarse la teoría de la imprevisión. Por ejemplo, en la renta vitalicia, cuya alea está en el tiempo que viva el deudor, una devaluación de la moneda que haga irrisoria la pensión puede dar lugar a un ajuste de la prestación. Para algunos también es aplicable a los contratos unilaterales, por ejemplo en el préstamo a interés, que pudiera hacerse excesivamente oneroso pudiendo provocar la ruina del deudor.

d) Que el contrato sea de cumplimiento diferido, por lo cual es aplicable tanto a los contratos de ejecución continuada y periódica, así como a los contratos de ejecución instantánea en la cual una o ambas prestaciones estén diferidas en el tiempo; por ejemplo en el contrato de obras. La entrega de la obra puede ser años después de la celebración del contrato.

e) La alteración de las condiciones debe haberse producido entre el momento de la celebración del contrato y su cumplimiento.

La aplicación de estos requisitos puede dar lugar a múltiples problemas: ¿qué se entiende por excesiva onerosidad?, ¿cuáles son los hechos extraordinarios e imprevisibles que dan lugar a su aplicación?, ¿cuáles son los riesgos cubiertos por un contrato aleatorio?.

6. Efectos de su aplicación

(1171) Según la teoría de la imprevisión al darse los requisitos señalados, el juez tiene facultad, para resolver el contrato, es decir para el futuro, no afectando las prestaciones ya cumplidas, o modificarlo.

7. La teoría de la imprevisión en Venezuela

(1172) En el Código Civil venezolano no encontramos ninguna norma que acoja la teoría de la imprevisión, igual a Francia, España, Alemania, Italia antes del Código de 1942, y muchas otras legislaciones.

En Venezuela, cuando se ha producido hechos imprevisibles y extraordinarios, en algunas oportunidades se ha dictado una ley especial; por ejemplo, la regulación de los alquileres, inclusive su reducción, Ley de Regulación de Alquileres (1960, Art. 38), la limitación de los intereses a ciertos deudores hipotecarios, como consecuencia del inusitado aumento de intereses; Ley de Protección al Deudor Hipotecario (1989); y una moratoria respecto del pago de créditos hipotecarios (venta y financiamiento) de inmuebles afectados por el terremoto de 1967, y una eventual contribución del prestamista a la reparación de los daños sufridos por el inmueble hipotecado, (Ley de Medidas Especiales para atender las consecuencias del sismo de 29-7-1967).

Debe señalarse que en Venezuela no se contempla la lesión como vicio del consentimiento, sino en ciertos casos específicos previstos en la ley. La lesión enorme, que es un desequilibrio inicial entre el valor de las recíprocas prestaciones, no se contempla como vicio del consentimiento. Tan solo en la partición. Si no se admite el desequilibrio inicial en el momento de la celebración del contrato, para terminar sus efectos, con mayor razón, el desequilibrio en el momento de su ejecución no puede ser causa para su terminación.

En materia administrativa se ha admitido entre nosotros la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos. Tratándose de contratos para la prestación de un servicio público, la ejecución de una obra de interés público, al haber un interés general de que se ejecute la obra o el servicio correspondiente, al ocurrir un desequilibrio en la ecuación económica del contrato, deben ajustarse las prestaciones, de manera que la administración pública comparta o asuma íntegramente, los efectos de la excesiva onerosidad producida por un cambio en las circunstancias económicas. De la misma manera que en el contrato administrativo existen cláusulas exorbitantes que le dan a la administración pública derechos no contemplados por el derecho común, teniendo el contratista la obligación de prestar el servicio o ejecutar la obra en todo caso, se justifica plenamente la revisión del contrato para restablecer la ecuación económica del mismo. Tanto la jurisprudencia como la doctrina administrativa han sido unánimes en

reconocer la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos.

El Dr. Luis Felipe Urbaneja en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1972) se mostró partidario de aplicar la teoría de la imprevisión a las relaciones de derecho privado, tesis que acogió posteriormente el Dr. James Rodner. En cambio, el Dr. José Melich Orsini considera que atribuir a los jueces la potestad de decidir cuando un contrato debe ser disuelto o revisado con el único fundamento de criterios tan imprecisos como los que contiene la teoría de la imprevisión, inclusive cuando ha sido incorporada en la ley una norma de carácter general, implican riesgos que no pueden subestimarse en contextos socio-políticos como los existentes en nuestras sociedades. Es preferible que en tales casos intervenga el legislador, creando normas de carácter general y abstracto ante las consecuencias de eventos concretos, como se ha hecho entre nosotros en algunas ocasiones.

La jurisprudencia venezolana no ha acogido la teoría de la imprevisión en relación a contratos de derecho privado, ni otros autores se han mostrado partidarios de ello. Es a las partes a quienes, en primer lugar, corresponde prever las consecuencias de un cambio extraordinario en las condiciones económicas que rigen para el momento de la celebración del contrato. La devaluación de la moneda, que ha sido una de las principales causas de la aplicación de la teoría de la imprevisión, es un hecho hoy en día previsible, y son las propias partes quienes están mejor capacitadas para regular debidamente las consecuencias de una eventual excesiva onerosidad para el momento de la ejecución del contrato, bien sea mediante la aplicación de cláusulas escalatorias, o de la revisión de las prestaciones de una manera objetiva, por terceros que tengan los conocimientos necesarios para determinar los ajustes a que haya lugar.

Personalmente consideramos que la teoría de la imprevisión no es aplicable en Venezuela, por no tener fundamentos muy sólidos, ni existir conceptos claros en relación a los requisitos para su procedencia, que justifiquen la violación de los principios que rigen nuestro sistema contractual de derecho privado, especialmente que las obligaciones

deben cumplirse exactamente como han sido contraídas y la que el juez solo puede el juez declarar la terminación del contrato en los casos expresamente previstos por la ley. Es exclusivamente el legislador quien puede crear normas de carácter general y abstracto, ante aquellas situaciones especificas que se presenten y constituyan acontecimientos imprevisibles y extraordinarios que rompan el equilibrio económico del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

De Page, H. Ob. Cit. Tomo II, Nº 466 a 467, págs. 433 a 439, N°s. 572 a 582, págs. 534 a 546.

Marty, G. Teoría General de las Obligaciones. Ob. Cit. Vol. I, págs. 159 a 163.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo VI, Nºs 371 a 372, págs. 159 a 164, Nºs 391 a 398, págs. 551 a 565.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Arts. 1159 a 1168, págs. 17 a 62.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs 312 a 323, págs. 435 a 454. *Melich Orsini, José.* La Revisión Judicial del contrato por onerosidad excesiva. Revista de la Facultad de Derecho.- UCAB – 1999. N° 54, págs. 55 a 98.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit Título XLIII, págs. 226 a 229.

Rodner, James. El Dinero, la inflación y las deudas de valor. Ob. Cit. Págs. 80 a 95.

Messineo, F. Derecho Civil. Ob. Cit. Tomo IV, CAP. 137, Nº 14, págs. 527 a 528.

Starck, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 1399 a 1444, págs. 486 a 500.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 437 a 456, págs. 366 a 381.

Urbaneja, Luis Felipe. Conceptos sobre la teoría de la imprevisión en los contratos de derecho privado – en discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1972, págs. 17 a 41.

Zambrano Velasco, José Alberto. ob. cit. Nº 145-146 págs. 314 a 323.

Jurisprudencia

Mutuo consentimiento para la revocación

8-10-65 CSJ SCC G. Forense Nº 50, págs. 310/311.

Cláusula en contrario

30-3-61 1°MI DF J.T.R. Volumen XII, pág. 173.

Capítulo 35
LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

SUMARIO

I. CONCEPTO.- II. EVOLUCIÓN DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS.- III. NATURALEZA DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS. 1. El sistema de la oferta. 2. La teoría de la gestión de negocios. 3. La teoría de la declaración unilateral de voluntad. 4. La teoría de la figura sui generis.- IV. RAZONES PRÁCTICAS QUE EXPLICAN LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS.- V. REQUISITOS DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS. 1. Validez del contrato. 2. Interés del estipulante. 3. Intención de estipular a favor de tercero. 4. El tercero beneficiario. 5. Requisitos de forma.- VI. EFECTOS DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS. 1. Derecho de crédito. 2. La aceptación. 3. La aceptación por los acreedores. 4. La revocación. 5. Efectos de la revocación.- VII. RELACIONES ENTRE LAS PARTES Y CON EL TERCERO BENEFICIARIO. 1. Relaciones entre el estipulante y el promitente. 2. Relaciones entre promitente y tercero beneficiario.- VIII. LA PROMESA POR OTRO. 1. Concepto. 2. Disposición legal. 3. Efectos de la promesa por otro.

I. Concepto

(1173) La estipulación a favor de terceros es un contrato mediante el cual el deudor, denominado promitente, se compromete frente a otra persona denominada estipulante, a ejecutar una prestación en beneficio de un tercero.

La estipulación a favor de terceros produce un derecho de crédito directo del tercero frente al promitente. Constituye una de las excepciones al principio que rige los efectos internos del contrato, mediante el cual los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes, no dañan ni aprovechan a terceros, sino en los casos establecidos en la ley. La estipulación a favor de terceros es precisamente uno de los casos establecidos en la ley; el artículo 1164 del Código Civil: "Se puede estipular en nombre propio y en provecho de un tercero cuando se tiene un interés personal, material o moral, en el cumplimiento de la obligación. El estipulante no puede revocar la estipulación si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella. Salvo convención en contrario, por efecto de la estipulación el tercero adquiere un derecho contra el promitente".

II. EVOLUCIÓN DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

(1174) Si bien algunos de sus caracteres son muy antiguos, su máxima aplicación y utilidad ha sido en el Derecho Moderno. En el Derecho Romano privaba el principio de la personalidad de las obligaciones, mediante el cual se entendía que las partes no podían contratar sino en su propio provecho, imperando el principio de que nadie puede estipular por otro *(alteri stipulari nemo potest)*. Esta rigidez traía dificultades prácticas, hasta tal punto que se empezó a suavizar el principio mediante instituciones como la *stipulatio poenae,* por la cual el estipulante hacía que el promitente se comprometiera a ejecutar la prestación en beneficio de un tercero y en caso de no cumplir debía pagar al estipulante una suma como cláusula penal; o mediante la estipulación, por la cual el promitente se comprometía a ejecutar la prestación en beneficio del *adstipulator,* o bien de un tercero. Sin embargo, estas fórmulas presentaban el inconveniente de que no concedían acción al tercero contra el promitente, el tercero sólo podía recibir el pago pero no reclamarlo, su situación era idéntica a la del *adjectus solutionis gratia*. Sólo en el bajo imperio, bajo la donación *submodo* (donación del estipulante al promitente con la condición de

que éste ejecutara una prestación en beneficio del tercero), es cuando se concede por primera vez acción directa del tercero contra el promitente; lo que se extiende a los contratos de depósito y comodato y constituye el antecedente más próximo a la estipulación a favor de terceros.

Antes de la vigencia del Código Napoleón, Pothier abogaba por dejar el principio romano de que no se puede estipular en nombre propio sino para sí mismo, pero atemperándolo, permitiendo la estipulación a favor de tercero cuando se hace como condición de una estipulación para sí mismo, o de una donación hecha a otro, no pudiendo el estipulante revocarla si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella. Dicho criterio fue acogido por el Código Napoleón y de allí a nuestro Código Civil, donde estuvo vigente hasta el año de 1922 (art. 1203).

La jurisprudencia fue aplicando cada vez más el principio para explicar contratos como el seguro de vida, el seguro contra accidentes, la donación con cargas y otros. En el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones el principio romano, que tenía ya tantas excepciones, fue cambiado sustancialmente por el principio de que se puede estipular tanto en nombre propio como en provecho de un tercero, principio éste que fue acogido en el artículo 1164 del Código Civil vigente.

La estipulación a favor de terceros cumple una función económico-social importante. A través de ella, el estipulante puede servirse del promitente para que cumpla una prestación conexa a otra relación entre el estipulante y el beneficiario: transporte de la cosa vendida; puede tener una causa solvendi: te entrego una suma para que cumplas una obligación que tengo con el tercero beneficiario; o una causa donandi: te entrego un inmueble para constituir una pensión vitalicia a favor de un tercero.

El seguro de vida y otros contratos de seguro que benefician a un tercero (seguro de hospitalización contratado por el patrono a favor de sus trabajadores), constituye hoy la principal aplicación práctica de la estipulación a favor de terceros.

III. NATURALEZA DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

(1175) Siendo el efecto fundamental de la estipulación a favor de terceros el de hacer acreedor a una persona que no es parte en el contrato, derecho de crédito que puede quedar sin efecto si el estipulante revoca la estipulación antes de la aceptación del tercero, la doctrina ha estructurado diversos criterios para explicar su naturaleza, a saber:

1. El sistema de la oferta

(1176) Es aquel mediante el cual se dice que la estipulación a favor de tercero es una oferta que el estipulante le hace a un tercero, del crédito adquirido contra el promitente, oferta que se perfeccionaría cuando el tercero manifiesta su aceptación. Se le objeta:

a) Si fuese una oferta la estipulación, desaparecería si el estipulante muere antes de la aceptación del tercero, lo que eliminaría su utilidad, y éste no es el efecto previsto en la ley para la estipulación.

b) Antes de la aceptación del tercero, el derecho permanecería en el patrimonio del estipulante, pudiendo ser embargado y ejecutado por los acreedores de este último, lo que es contrario a lo previsto en la ley, pues según ésta el derecho nace en cabeza del beneficiario, por lo que éste no puede ser embargado ni ejecutado por los acreedores del estipulante.

2. La teoría de la gestión de negocios

(1177) Según esta posición doctrinal, el estipulante se considera como un gestor en beneficio de un tercero que vendría a ser el dueño. Se le objeta:

a) No explica el derecho de revocación que tiene el estipulante, ya que el gestor no puede revocar.

b) Si fuese una gestión, el estipulante tendría la acción *negotiorum gestorum* contra el beneficiario para hacerse indemnizar de los gastos efectuados en la gestión, lo que no ocurre en la estipulación.

3. La teoría de la declaración unilateral de voluntad

(1178) Se considera que la estipulación nace de la declaración unilateral de voluntad del promitente, lo que es muy discutible, pues se requieren las declaraciones de voluntad de dos personas, promitente y estipulante.

4. La teoría de la figura sui generis

(1179) Consiste en la idea que constituye una figura *sui generis*, propia del carácter consensualista de los contratos en el Derecho Moderno.

IV. Razones prácticas que explican la estipulación a favor de terceros

(1180) La doctrina señala fundamentalmente dos:

1º Que el estipulante sea deudor del tercero y para extinguir la deuda contrate su cumplimiento con el promitente. Presenta esta hipótesis similitudes con la delegación, en virtud de la cual el delegante, deudor del delegatario y acreedor del delegado, en lugar de pagar a su acreedor y exigir el pago de su deudor, conviene en que el delegado pague al delegatario, con lo cual cumple su obligación para con éste y extingue la deuda del delegado.

Sin embargo, se anotan algunas diferencias:

a) En la delegación, la acreencia del delegatario contra el delegado no nace en el momento en que se celebra la delegación, sino cuando el delegado la acepta. En cambio, en la estipulación, el derecho de crédito del tercero nace en el momento en que se celebra dicha estipulación.

b) El delegado no puede oponer al delegatario las excepciones que tenga contra el delegante, salvo las de cualidad de persona. En cambio, el promitente puede oponerle al tercero las excepciones derivadas del contrato efectuado con el estipulante.

2º Puede la estipulación provenir de un contrato mediante el cual el promitente hace una donación indirecta al tercero. Es el supuesto que explica muchas de sus hipótesis.

V. REQUISITOS DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

1. Validez del contrato

(1181) El contrato entre el estipulante y el promitente tiene que llenar todos los requisitos de existencia y validez, pues la estipulación nace de ese contrato. Este podrá ser gratuito u oneroso, unilateral o bilateral.

2. Interés del estipulante

(1182) Puede ser económico o simplemente moral, siempre que sea lícito, en el cumplimiento de la obligación del prominente con el tercero beneficiario, quien no es parte en el contrato. Si el interés es ilícito, la estipulación no es válida.

3. Intención de estipular a favor de tercero

(1183) Que sea inequívoca la intención de estipular a favor del tercero.

Algunos consideran que debe ser expresa; pero si de la interpretación del contrato resulta que la intención común del estipulante y prominente ha sido favorecer al tercero, basta que esa voluntad sea tácita.

La jurisprudencia francesa ha hecho uso de esa intención tácita de estipular a favor del tercero para hacer responsable al transportista de los daños sufridos por miembros de la familia del contratante, o del arrendador a favor de las mismas personas.

4. El tercero beneficiario

(1184) Debe ser una persona determinada o determinable, por ejemplo: los hijos nacidos y por nacer de una persona; los trabajadores actuales y futuros de una empresa. Las personas indeterminadas, por ejemplo, los pobres, los enfermos, no llenan este requisito.

A nuestro juicio, una absoluta indeterminación implica la nulidad de la estipulación, de la misma manera que sucede con el legado a persona indeterminada. En cambio, si se señalan formas de determinarlo; por ejemplo, "aquel de mis hijos que determine mi cónyuge", la estipulación es válida, aplicando por analogía las reglas establecidas para los legados.

Con respecto a las personas futuras, la doctrina acepta la liberalidad a una persona con la carga de crear un establecimiento con fines de utilidad general (una fundación) y entregarle la prestación que reciba del promitente.

Si el estipulante se reserva el derecho de indicar el beneficiario por una declaración posterior, y no lo ha hecho para el momento de su muerte, parte de la doctrina considera que son beneficiarios los herederos del estipulante, quienes en tal caso reciben la prestación a título de herederos.

El beneficiario debe tener capacidad de goce; pero no es necesaria la capacidad de ejercicio por no ser parte en el contrato.

5. Requisitos de forma

(1185) El contrato entre estipulante y promitente debe llenar los requisitos de forma respectivos. Si el estipulante hace una donación al

promitente, con una carga a favor de un tercero (Art. 1432 CC), debe hacerse por documento auténtico.

En cambio, ninguna influencia tiene la naturaleza jurídica de la relación entre el estipulante y el tercer beneficiario, en relación a los requisitos de forma; por ejemplo, la renta vitalicia a favor de un tercero (Art. 1793 CC).

VI. EFECTOS DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

1. Derecho de crédito

(1186) Nacimiento de un derecho de crédito directo del tercero contra el promitente, mediante el cual éste queda obligado frente a aquél desde el día en que se celebró la estipulación.

Ese derecho de crédito se consolida desde el momento en que el tercero beneficiario acepta, pues una vez aceptada, el estipulante no puede revocar. Sin embargo, la acreencia entra en el patrimonio del tercero desde el instante de la estipulación y no desde la aceptación; por ello, la aceptación es un acto de consolidación del crédito en el patrimonio del tercero.

Lo explicado diferencia la estipulación del contrato de donación, pues éste se perfecciona cuando el donatario acepta; en caso de que no acepte, no hay contrato. En cambio, en la estipulación el derecho del beneficiario existe aun antes de la aceptación. Además, la aceptación en la estipulación no requiere formalidad especial, mientras que en la donación la aceptación debe efectuarse por documento auténtico.

La aceptación puede efectuarse aun después de la muerte del estipulante, lo que constituye otra diferencia con la donación, la cual debe ser aceptada antes de la muerte del donante.

2. La aceptación

(1187) La aceptación no es necesaria para la validez del contrato, pues el tercero beneficiario no es parte. Es la manifestación de voluntad, del beneficiario de quererse aprovechar de la estipulación (nadie puede ser acreedor contra su voluntad), debe ser comunicada tanto al estipulante como al promitente, puede ser efectuada por el tercero beneficiario o por sus herederos, a menos que la estipulación haya sido realizada en consideración a la persona misma del beneficiario. No requiere formalidad alguna y puede efectuarse antes o después de la muerte del beneficiario o del estipulante, pero siempre antes de la revocatoria del estipulante. Si existe concurrencia entre la aceptación y la revocación, se aplicarán los principios que regulan la formación de contratos entre ausentes y privará la aceptación o revocación que primero llegue a conocimiento del promitente.

La doctrina considera imprescriptible el derecho de aceptar las estipulaciones, pero esta podría quedar sin efecto al haber prescrito la acción del estipulante contra el promitente.

A partir de la aceptación, la estipulación es irrevocable.

3. La aceptación por los acreedores

(1188) En doctrina se presenta el problema de determinar si la aceptación puede efectuarse por los acreedores del beneficiario cuando éste renuncia a la estipulación en perjuicio de los intereses de sus acreedores. Buena parte de la doctrina rechaza esta posibilidad, otros admiten que los acreedores pueden revocar la no aceptación efectuada por el tercero beneficiario, y mediante la acción oblicua, aceptar hasta la concurrencia del monto de sus créditos, aplicando por analogía la facultad que el artículo 1017 del Código Civil otorga a los acreedores del heredero que renuncia a la herencia:

> Cuando alguien renuncia una herencia en perjuicio de los derechos de sus acreedores, éstos podrán hacerse autorizar

judicialmente para aceptarla en nombre y lugar de su deudor. En este caso, la renuncia se anula, no en favor del heredero que la ha renunciado, sino sólo en provecho de sus acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos.

Consideramos que mediante la no aceptación el beneficiario está renunciando a un derecho que ya existía en su patrimonio, por lo cual procede la aplicación analógica del artículo citado, advirtiendo que tal acción es sui generis y no una simple acción oblicua.

4. La revocación

(1189) El estipulante puede revocar la estipulación hecha a favor del tercero, siempre que la revocatoria sea efectuada antes de la aceptación del tercero beneficiario; si la revocatoria se efectúa después de la aceptación, no produce ningún efecto. La revocación debe ser comunicada al promitente, no es necesario hacerla al beneficiario.

La revocación puede ser efectuada por el estipulante, o por éste y el promitente si así se hubiere pactado, pero nunca podrá efectuarla unilateralmente el promitente, pues siendo el obligado, la obligación estaría sometida a una condición que la hace depender de la sola voluntad del deudor, lo que prohibe el artículo 1202 del Código Civil. El estipulante puede renunciar al derecho de revocar la estipulación, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

Respecto a la posibilidad de revocación de la estipulación por los herederos del estipulante, en principio se sostiene que es una facultad personalísima que no puede pasar a los herederos. Otros autores manifiestan que habrá que analizar la estipulación para determinar si de la voluntad de las partes se desprende que tal facultad pasa a los herederos o no; en el primer caso, los herederos pueden revocar; la solución negativa se impone en el segundo. Igual solución se impone en el caso de determinar la posibilidad de revocación por parte de los acreedores del estipulante. Por su carácter personalísimo,

parte de la doctrina francesa rechaza que los acreedores puedan revocar la estipulación, por medio de la acción oblicua, tesis que consideramos correcta. Pensamos que solo en el caso de existir fraude, los acreedores podrán revocar, mediante la acción pauliana, la estipulación en favor del tercero. En tal caso, deberán llenarse todos los requisitos de la acción pauliana (Ver supra N°s. 467 a 471) y por consiguiente, solo se aprovechará el acreedor que haya intentado la acción (Supra 475).

5. Efectos de la revocación

(1190) La revocación extingue el derecho de crédito del tercero beneficiario y por lo tanto impide que tal derecho se consolide en su patrimonio. El estipulante puede revocar la estipulación y adjudicar el beneficio a otra persona o a sí mismo, a menos que en virtud del contrato entre estipulante y promitente este resulte beneficiario.

VII. Relaciones entre las partes y con el tercero beneficiario

1. Relaciones entre el estipulante y el promitente

(1191) Los autores están de acuerdo que por el interés que debe tener el estipulante, este puede pedir el cumplimiento, aun cuando no sea el acreedor. Si el contrato entre ambos es bilateral podrá oponer la excepción non adimpleti contractus, o intentar la acción resolutoria y los daños y perjuicios.

2. Relaciones entre promitente y tercero beneficiario

(1192) El tercero beneficiario, una vez que ha aceptado la estipulación como titular de un derecho de crédito contra el promitente, tiene acción contra este por el cumplimiento de la obligación asumida, pero no puede pedir la resolución del contrato, porque no es parte del mismo. Igualmente podrá ejecutar las garantías otorgadas por el pro-

mitente, a menos que en el contrato las partes (estipulante y promitente) expresaren lo contrario o así se desprendiere de su común voluntad.

El promitente puede oponerle como excepciones al tercero las mismas que surjan del contrato y que por tal causa tenga contra el estipulante; por ejemplo: nulidad por propia incapacidad, por causa ilícita u objeto ilícito o por vicios del consentimiento; pero no podrá oponerle las excepciones que tenga contra el estipulante y que no deriven del contrato efectuado con él, tal como la compensación en razón de una acreencia que tenga contra el estipulante, no derivada del contrato.

VIII. LA PROMESA POR OTRO

1. Concepto

(1193) La promesa por otro o promesa por tercero es una convención en virtud de la cual el promitente se compromete con el estipulante a que un tercero asuma una obligación o realice un determinado hecho. Tales convenciones, como es obvio, no producen efecto contra el tercero, quien es libre de asumir o no la obligación y de realizar o no la prestación o el hecho. En caso de que el tercero no cumpla, el promitente deberá indemnizar los daños y perjuicios al estipulante.

2. Disposición legal

(1194) La promesa por tercero está contemplada en el artículo 1165 del Código Civil: "El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, está obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero rehusa obligarse o no cumple el hecho prometido".

3. Efectos de la promesa por otro

(1195) a) El tercero no compromete su responsabilidad y es libre de ejecutar o no la prestación, o de asumir o no la obligación. Si la cumple o la asume, el estipulante tendrá acción contra el tercero por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso; pero si no asume la obligación o no cumple el hecho, el estipulante no tiene acción sino contra el promitente.

b) El estipulante tiene acción por los daños y perjuicios que le cause la negativa del tercero a obligarse o a ejecutar la prestación prometida; la acción es dirigida contra el promitente y nunca contra el tercero.

c) El estipulante sólo puede reclamar del tercero, si éste ejecuta o asume la promesa, los daños y perjuicios que le cause el incumplimiento, pero no puede pedirle el cumplimiento de la primitiva promesa.

Bibliografía

De Page, H. Ob. Cit. Tomo II, Nºs. 649 a 711, págs. 604 a 643.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo VI, Nºs. 352 a 368, págs. 490 a 510.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Arts. 1159 a 1168; Art. 1164-1165, págs. 163 a 232.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs. 374 a 392, págs. 687 a 730.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit Título LV-LVI, págs. 294 a 302.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 486 a 511, págs. 406 a 422.

Capítulo 36
LA SIMULACIÓN

SUMARIO

I. CONCEPTO. 1. Definición. 2. Características. 3. Es un negocio jurídico. 4. Es un negocio neutro.- II. CLASIFICACIÓN. 1. La simulación absoluta. 2. La simulación relativa. 3. El acto aparente y sus requisitos. 4. El acto verdadero y sus requisitos. 5. Efectos del acto verdadero. 6. La interposición de personas.- III. LOS SUBADQUIRENTES. 1. Concepto. 2. Mala fe del subadquirente. 3. Efectos respecto del subadquirente.- IV. LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN. 1. Caracteres. 2. Legitimación activa. 3. Legitimación pasiva. 4. Prueba de la simulación. A. El acto ostensible o aparente. a) Simulación y tacha de falsedad. B. El acto verdadero. a) Prueba entre las partes. b) Limitaciones. c) El contradocumento. d) Prueba por los terceros.- V. LA PRESCRIPCIÓN. 1. Respecto de los terceros. 2. Respecto de las partes. 3. Prescripción breve y prescripción ordinaria.- VI. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN POR SIMULACIÓN Y LA ACCIÓN PAULIANA.

I. Concepto

1. Definición

(1196) La simulación es un negocio jurídico bilateral en el cual hay una divergencia intencional entre la voluntad real y la voluntad declarada, que da lugar a un acto jurídico aparente u ostensible,

destinado a engañar a los terceros, y al acto verdaderamente querido por las partes.

Es un negocio jurídico bilateral porque requiere la voluntad de dos personas con el propósito de crear ciertos y determinados efectos jurídicos.

2. Características

(1197) Las características son: a) una divergencia intencional entre la voluntad real y lo que verdaderamente quieren las partes; b) la existencia de dos actos: una declaración destinada a engañar a los terceros, que es el acto aparente u ostensible, generalmente contenido en un documento público o auténtico, o privado, y un acto verdadero, real, que es el efecto querido por las partes, generalmente objeto del denominado contradocumento, necesariamente privado para que los terceros no lo conozcan; c) el propósito o finalidad es engañar a los terceros, haciéndoles creer en la existencia del acto aparente, a fin de que les sea oponible, que produzca sus efectos externos. El acto aparente puede afectar inclusive a los causahabientes a título universal; d) no es necesariamente ilícito ni fraudulento, es un convenio neutro que puede ser lícito, como es un documento de venta de una parcela o de un apartamento en el cual se estipula un precio mayor al realmente pactado, de manera de no enterar a los eventuales compradores de las demás parcelas o apartamentos de iguales características que el vendedor está dispuesto a vender a precios inferiores a los que aparecen en la publicidad respectiva; e) el negocio aparente puede afectar cualquiera de los elementos del contrato verdadero: objeto (precio menor o mayor), causa (venta que oculta una donación) o el consentimiento (la parte verdadera es distinta a la que aparece en el acto aparente); f) las partes pueden querer algo distinto a lo manifestado en el acto aparente (por ejemplo donar en ves de vender), en cuyo caso hay una simulación relativa, o querer solamente el engaño a los terceros, sin que se produzca entre ellos ningún efecto (la persona

que vende un bien a un tercero para sustraerlo de la prenda común de sus acreedores).

3. Es un negocio jurídico

(1198) La simulación pertenece a la teoría general del negocio jurídico, pero no está limitada a los contratos. Aun cuando la simulación es siempre un negocio jurídico bilateral, su objeto puede ser un negocio jurídico bilateral (una compraventa) o un negocio jurídico unilateral siempre que sea recepticio (la oferta por tiempo determinado que no es verdadera). En cambio no es posible en los negocios jurídicos unilaterales no recepticios (emisión de títulos al portador, oferta al público en general), pues al no tener un destinatario específico no es posible el acuerdo simulatorio. En el testamento cabe la interposición de personas, inclusive la ley previene que determinadas personas son interpuestas (Art. 848 CC), pero en tal caso hay más bien un negocio fiduciario y no una simulación.

4. Es un negocio neutro

(1199) Aun cuando la simulación es en principio un acto neutro, generalmente esconde un acto ilícito o fraudulento. El fraude puede ser contra los acreedores, contra los herederos legitimarios o contra el fisco.

II. Clasificación

1. La simulación absoluta

(1200) Es cuando las partes solo crean el acto aparente para engañar a los terceros, pero sin que se produzca ningún efecto entre ellos: vendo mis bienes a un tercero ficticiamente para hacerme insolvente, ofrezco un precio alto por mi inmueble para inducir a un

tercero a comprarlo. Entre las partes no produce ningún efecto y podrán en todo momento restablecer la situación anterior al acto simulado, bien sea voluntariamente o mediante la acción de simulación. Los causahabientes a título universal de ambas partes en el acuerdo simulatorio tienen la legitimación activa y pasiva para hacer declarar la simulación, o que se les exija, según su causante haya sido el enajenante o el adquirente ficticio.

No debe confundirse la simulación con la acción pauliana, pues esta versa sobre actos o contratos verdaderos, hechos en perjuicio de los acreedores, sin embargo, es posible combinar ambas acciones: demostrar que el aparente acto oneroso ha sido realmente gratuito facilitando así la acción pauliana.

2. La simulación relativa

(1201) Consiste en disfrazar, disimular, la verdadera intención de las partes, que quieren ciertos efectos jurídicos, por razones fraudulentas o por querer darle una apariencia distinta. La simulación puede afectar el objeto (venta por un precio mayor o menor al convenido) o la causa (vender cuando en realidad se está donando). Cuando falta el consentimiento habrá nulidad absoluta, cuando hay ocultamiento de las verdaderas partes puede haber simulación de otros actos, razón por la cual la interposición de personas constituye una categoría aparte.

3. El acto aparente y sus requisitos

(1202) El contrato aparente debe llenar los requisitos formales del contrato querido por las partes. Así, si se trata de una donación disfrazada de venta, el contrato aparente debe constar de documento auténtico (Art. 1439 CC), pero no así el contrato disimulado que por su naturaleza debe ser oculto, y por tanto no constará de un documento público. Alguna doctrina considera que el acto verdadero también debe llenar las mismas formalidades, pero esta tesis debe ser desechada,

porque al haberse otorgado el contrato aparente por documento público se ha cumplido la finalidad de exigirlo: que el donatario tenga la oportunidad de recapacitar su decisión de desprenderse gratuitamente de alguno de sus bienes.

La incapacidad de alguna de las partes o la existencia de vicios del consentimiento hace anulable el acuerdo de simulación, requisitos de validez de todo negocio jurídico.

4. El acto verdadero y sus requisitos

(1203) El contrato verdadero, oculto, debe llenar las condiciones de validez y existencia para que produzca sus efectos. Se exceptúan las formalidades, siempre que hubieren sido cumplidas en el acto aparente.

5. Efectos del acto verdarero

(1204) La ilicitud del objeto o de la causa producirá la nulidad del contrato, salvo en los casos que esta afecte solamente alguna de sus cláusulas en virtud del principio de la conservación del contrato. Así, el canon de arrendamiento superior al fijado por la autoridad competente, producirá la reducción del canon y la restitución de las cantidades pagadas en exceso, además de las sanciones previstas en la ley; lo mismo en el caso de intereses superiores a los máximos permitidos. Subsistirá así el contrato aparente.

El fraude fiscal (precio aparente menor al real para evadir el impuesto al valor agregado y el impuesto sobre la renta) producirá las sanciones previstas en el Código Orgánico Tributario, pero no tendrá efectos sobre las obligaciones de las partes.

Si el contrato verdadero es lícito, por ejemplo, se simula un arrendamiento cuando en realidad hay un comodato, por no querer revelar el favor que hace el arrendatario al comodante, el contrato real es plenamente válido y el aparente no produce efecto entre las partes.

6. La interposición de personas

(1205) Se produce cuando se simula alguna de las partes: con el propósito de burlar la prohibición de venta entre esposos (Art. 1481 CC) el cónyuge le vende al padre de su cónyuge; se designa heredero a una persona distinta al verdadero, incapaz de recibir por testamento; se compra a nombre de un tercero para evitar que se conozca el verdadero comprador (por ejemplo, quien quiere obtener el control de una compañía anónima no inscrita en la Bolsa y lo hace a nombre de terceros para ocultar su identidad).

La interposición puede ser fraudulenta, ilícita, como en los dos primeros ejemplos propuestos, o ser lícita, como en el tercer ejemplo.

En la interposición de personas intervienen tres sujetos: las dos partes del contrato aparente y el tercero, que es en realidad el beneficiario de la operación.

Puede ser un mandato sin representación, como en la comisión mercantil (Art. 376 C. Com.) en cuyo caso no hay simulación. La compra que hace el comisionista y el contrato de éste con su comitente estos son partes de un contrato verdadero; no hay acuerdo entre las tres personas.

En la fiducia adquiere un tercero (presta nombre) distinto al verdadero adquirente, con la obligación de enajenarle a este el objeto que ha comprado. Hay dos contratos verdaderos: el primero por el cual el fiduciario adquiere y el segundo por el cual enajena al fideicomitente.

En la simulación, además de los dos contratos, uno aparente y otro real, hay el convenio de simulación, en el cual las tres personas son partes.

En la inscripción de bienes a nombre de una persona un tercero paga el precio por el comprador a quien en definitiva le hace una donación; no hay ninguna simulación, el enajenante y el adquirente son efectivamente tales. Habiendo un acto a título gratuito, los terceros podrán intentar una acción por fraude peculiano entre el comprador y el tercero, si este se ha hecho insolvente.

III. Los subadquirentes

1. Concepto

(1206) Los subadquirentes, en principio pueden ampararse en el contrato aparente, siempre que sean de buena fe. En este caso priva su interés sobre el de las partes interesadas en hacer valer la voluntad real.

2. Mala fe del subadquirente

(1207) El subadquirente es de mala fe cuando ha tenido conocimiento de la simulación antes del acto por el cual ha adquirido su derecho. En estas circunstancias se le considera cómplice de la simulación y en consecuencia sufre sus consecuencias.

3. Efectos respecto del subadquirente

(1208) El artículo 1281 CC, en su segundo aparte dispone: "La simulación, una vez declarada no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación". Por consiguiente, una vez declarada la simulación ella produce efecto retroactivo hasta el momento en que fue registrada la demanda por simulación contra los que adquirieron derechos sobre inmuebles relacionados con ella. El registro de la demanda hace presumir *jure et de jure* el conocimiento de la simulación por el adquirente, quien se convierte así en un adquirente de mala fe. Estas reglas son simple aplicación del derecho registral como sistema de publicidad y limita la oponibilidad de los actos de terceros en materia de derechos reales inmobiliarios.

Tratándose de bienes muebles, por cuanto el régimen de publicidad está referido a la posesión de buena fe, para que la simulación sea oponible al subadquirente tendrá que demostrarse su mala fe.

Agrega el artículo 1281 en su último aparte: "Si los terceros han procedido de mala fe quedan sujetos no solo sujetos a la acción de simulación sino también a la de daños y perjuicios". En efecto, los subadquirentes de mala fe han incurrido en culpa y son responsables de los daños y perjuicios por hecho ilícito (Art. 1185 CC).

IV. LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

1. Caracteres

(1209) La doctrina sostiene que se trata de una acción personal, aun cuando verse sobre un inmueble, con alguna que otra opinión contraria. En efecto, mediante la simulación la pretensión del actor es que el contrato aparente no le es oponible, que sus efectos no los afectan en forma alguna. La acción será civil o mercantil, según se trate de cuestiones de una u otra naturaleza.

La acción de simulación es declarativa ya que su efecto es declarar inoponible el acto simulado al actor. Además puede ser conservatoria, porque puede intentarse para preservar el patrimonio del deudor. Podrá ser acumulada a otras acciones: pauliana, acción de nulidad o a una acción de restitución de la cosa. Podrá oponerse como excepción o en una reconvención.

2. Legitimación activa

(1210) En cuanto a las personas legitimadas para intentar la acción tenemos a los acreedores, por expresa disposición legal y a las mismas partes en su sentido más estricto. El heredero legitimario, una vez que haya aceptado la herencia y el cónyuge (Art. 152, aparte único), aun

siendo partes, pueden intentar la acción de simulación por considerarse que ejercen un derecho personal, y no como causahabientes de una de las partes, en el caso del heredero, y no como persona representada por el cónyuge, en el segundo caso.

En definitiva todo el que tenga un interés legitimo y sea de buena fe, podrá intentar la acción.

3. Legitimación pasiva

(1211) En cuanto a la legitimación pasiva, todas las partes en el convenio de simulación deberán ser demandadas para que la cosa juzgada los afecte.

4. Prueba de la simulación

A) El acto ostensible o aparente

(1212) Teniendo como finalidad engañar a los terceros, casi siempre consta de un documento público o privado, sin que esto sea un requisito de la simulación. El acto aparente, por ejemplo la entrega de una cosa mueble a título gratuito, puede no constar de ninguna prueba documental, pues la posesión de buena fe de los bienes muebles y de los títulos al portador produce el mismo efecto que el título.

a) Simulación y tacha de falsedad

La declaración contenida en el documento público o privado en relación al acto aparente es verdadera, ella concuerda con lo que las partes han manifestado. El documento que prueba el acto aparente no es falso, es verdadero; lo falso es que no contiene la íntegra voluntad de las partes al esconder o disimular el acto verdadero.

B) El acto verdadero

a) Prueba entre las partes

En la simulación lo que se trata de probar es precisamente el acto que corresponde a la voluntad real de las partes, que no ha sido objeto de la declaración de las partes en el documento que prueba el acto aparente. Por ello no es necesario ni procedente la tacha de falsedad del documento que prueba el acto aparente. El artículo 1360 CC enfatiza, en nuestra opinión sin necesidad, que "salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación". El documento público y el privado hacen plena fe de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes; y el artículo 1382 CC aclara: "No dan motivo a la tacha del instrumento la simulación...". Por ello, la simulación y el acto realmente querido por las partes, su voluntad real, pueden ser probados, sin necesidad de tacha de falsedad (que en este caso es improcedente), por todos los medios admitidos por la ley. No cabe duda que podrá probarse mediante la confesión o el juramento, cuya admisión no está limitada por ninguna disposición legal.

b) Limitaciones.

La única prueba que está limitada es la testimonial, ya que no es admisible para probar lo que "modifique" o "lo que hubiese dicho antes, al tiempo o después del otorgamiento del documento público o privado". Sin embargo, aun en este caso es admisible la prueba testimonial "cuando hay un principio de prueba por escrito... que haga verosímil el hecho alegado" (Art. 1392 CC) o "cuando las presunciones o indicios resultantes de hechos ciertos probados, no por testigos, sean bastantes para admitir la admisión de esta prueba" (Art. 1392 CC) o "cuando haya imposibilidad moral de obtener una prueba escrita de la obligación" o "cuando el acto es atacado por ilicitud de causa" (Art. 1393 CC).

Por ejemplo, cuando los herederos atacan la aparente venta hecha por su causante a su concubina, que es casada, alegando que se trata de una donación, sería suficiente probar por testigos o indicios que la concubina no tenía medios para pagar el precio, ya que hay una imposibilidad moral de obtener una prueba escrita de la simulación, por ser ello contrario a las buenas relaciones existentes entre concubinos, y además por ser la causa ilícita al haberle sido dada la casa para continuar la unión concubinaria".

c) El contradocumento

Generalmente se ocurre al contradocumento que prueba la verdadera voluntad de las partes para evitar las dificultades que implican la prueba testimonial, la de presunciones y principios de prueba por escrito, registros domésticos para probar la simulación.

El contradocumento no es un requisito de la simulación, y como hemos visto, no es ni siquiera la única prueba admisible para probarla, aun entre las partes.

El artículo 1362 CC dispone: "Los instrumentos privados hechos para alterar o contrariar lo pactado en instrumentos públicos, no produce efecto sino entre los contratantes y sus sucesores a título universal. No se les puede oponer a terceros".

La norma transcrita se refiere explícitamente al valor del contradocumento, pero en realidad implícitamente tiene un contenido más amplio: el acto verdadero disimulado por el acto aparente no es oponible a los terceros. En nuestra opinión, tampoco es oponible el contradocumento que prueba lo contrario o que altere lo pactado en un documento privado, o a una situación de hecho que no conste de una prueba escrita, ya que el acto verdadero no es oponible a terceros. Tampoco es correcto decir que produce efectos respecto a los causahabientes a título universal, lo que no es cierto en los casos en que estos ejercen un derecho propio.

d) Prueba por los terceros

Debe señalarse que los terceros pueden ampararse en el acto aparente, y a ellos no les es oponible el acto verdadero.

Los terceros pueden utilizar el contradocumento para probar la simulación y en general valerse de todos los medios probatorios conducentes, especialmente de la prueba de presunciones, o indicios graves, precisos y concordantes (Art. 1399 CC).

Los terceros prueban la simulación como un hecho, ya que no pretenden hacer valer los efectos internos del contrato, sino tan solo su inoponibilidad o efectos externos, por lo cual tienen la más amplia libertad probatoria.

V. LA PRESCRIPCIÓN

1. Respecto de los terceros

(1213) El artículo 1181 CC, en su aparte primero dispone:

"Esta acción dura cinco años a contar del día en que los acreedores tuvieron noticia de la simulación".

Hemos dicho anteriormente que los terceros que han tenido conocimiento de la simulación desde un principio, y los subadquirentes posteriores al registro de la demanda de simulación, si se trata de inmuebles, y ella es declarada con lugar, son de mala fe y en consecuencia no pueden pretender que se declare la simulación.

Los terceros de buena fe pueden intentar la acción, pero están sujetos a un lapso de prescripción breve, de cinco años, a partir de la fecha en que han tenido conocimiento de la simulación (Art. 1281 CC), plazo que es equivalente al contemplado para las acciones de nulidad relativa (Art. 1346 CC) y pauliana (Art. 1275 CC).

Se considera que el lapso de cinco años no es de caducidad, sino de prescripción y por consiguiente, se aplican las causas de interrupción y suspensión de la misma. Los lapsos de caducidad solo

se justifican cuando hay un interés general y especial en consolidar la apariencia, especialmente en materia de familia (seis meses para la impugnación de la paternidad (Art. 203 CC) dos meses para los herederos (Art. 204 CC) y procesal (3 meses y un mes para la invalidación de los juicios (Arts. 334 y 335 CPC).

2. Respecto de las partes

(1214) El lapso de prescripción de cinco años es aplicable solo a los acreedores, no siéndolo respecto de otros legitimados para intentarla, como el heredero que procede por derecho propio o la cónyuge.

Algunos autores sostuvieron que la acción de simulación entre las partes es imprescriptible, porque el contrato aparente no debe producir ningún efecto, el tiempo no es suficiente para que produzca unas consecuencias no queridas por las partes. Es el mismo argumento de quienes predicaron la imprescriptibilidad en la acción de nulidad. Hoy en día se acepta que la acción de prescripción de simulación es de diez años, por ser una acción personal (Art. 1977 CC), posición sostenida por la doctrina y jurisprudencia nacional.

El punto de partida de esta prescripción es el momento de la celebración del contrato, diferenciándose así del punto del comienzo del lapso de prescripción corta de cinco años, que es a partir del momento del conocimiento de la simulación por el acreedor que intenta la acción.

3. Prescripción breve y prescripción ordinaria

(1215) Pensamos que el transcurso de diez años a partir de la fecha de la celebración también se aplica a los acreedores, aun cuando todavía no hubieren transcurrido cinco años de conocer su existencia. Es la misma regla que se aplica en materia de nulidad relativa o anulabilidad. La norma según la cual las acciones prescriben por el término de diez años es de orden público, pues tiende a evitar la

multiplicidad de los juicios y a la estabilidad de las relaciones jurídicas, aun cuando están basadas en una apariencia.

Es indudable que tanto a la prescripción corta de cinco años, como a la ordinaria de diez años, se aplican las causas de interrupción y suspensión previstas en el Código Civil.

VI. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN POR SIMULACIÓN Y LA ACCIÓN PAULIANA

(1216) Dado que existen algunas similitudes entre la acción pauliana y la acción de simulación intentada por los acreedores, la doctrina se ha ocupado en establecer diferencias entre una y otra noción que podemos sintetizar así:

1º La acción pauliana tiene por objeto impugnar un acto real o verdadero del deudor, es decir, un acto sinceramente efectuado por el deudor. La acción por simulación tiene por objeto impugnar un acto ficticio o aparente del deudor, un acto que realmente no ha sido deseado por él sino sólo simulado.

Como consecuencia de lo anterior, la acción pauliana persigue reintegrar al patrimonio del deudor un bien o derecho que efectivamente había salido de su patrimonio, mientras que la acción por simulación tiende a constatar que el bien o derecho nunca ha salido del patrimonio del deudor.

2º La acción pauliana se intenta contra los actos efectuados por un deudor insolvente, requiere como condición *sine qua non* la insolvencia del deudor. La acción por simulación no requiere que el deudor se encuentre en estado de insolvencia.

3º La acción pauliana requiere la prueba del fraude, el cual se presume de modo absoluto en los actos a título gratuito del deudor insolvente, o de modo relativo en los actos a título oneroso. La acción por simulación no requiere la demostración del fraude, porque éste no es un elemento esencial a la simulación.

4º La acción pauliana sólo puede ser intentada por los acreedores anteriores del acto fraudulento, pero no por los acreedores cuyo crédito sea posterior en fecha a dicho acto. La acción por simulación puede ser intentada por todos los acreedores, anteriores o posteriores al acto simulado.

5º La acción pauliana aprovecha sólo al acreedor que la intenta; la acción por simulación aprovecha a todos los acreedores, aun a los que no la hubiesen intentado.

6º La acción pauliana aprovecha al acreedor que la intenta sólo hasta la concurrencia o importe de su crédito; en la acción por simulación no se toma en cuenta el monto de dicho crédito, el acto cae totalmente y no de modo parcial.

7º La acción pauliana no puede ser intentada por el acreedor cuyo crédito esté sometido a condición suspensiva. La acción por simulación si puede serlo, porque sólo tiende a conservar el patrimonio del deudor, y ese crédito bajo condición suspensiva es susceptible de tutela, ya que configura una expectativa de derecho.

Bibliografía

De Page, H. Ob. Cit. Tomo II, Nºs. 617 a 648, págs. 585 a 604.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo VI, Nºs. 333 al 351, págs. 465 a 489; Tomo VII, N°s. 971 a 977, págs. 284 a 290.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Arts. 1279 al 1281, págs. 189 a 442.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs. 374 a 392, págs. 687 a 730.

Melich Orsini, José. La Noción de la Simulación y sus Afines, en Estudios de Derecho Civil. Ob. Cit. Tomo 1, págs. 351 a 380.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit Título LIX, págs. 316 a 318.

Messineo, F. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Tomo 2, Cap. X, Nº 1 al N° 2, págs. 1 a 61.

Starck, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 1101 a 1148, págs. 388 a 403.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 512 a 532, págs. 422 a 435.

JURISPRUDENCIA

El tercero tiene la más amplia libertad probatoria para probar la simulación.

29-11-99 JSM CM R & G (2830-99), Tomo CLX, pág. 21

El efecto de declarar con lugar la simulación de unas ventas es la nulidad de las mismas.

10-5-00 TSJ CS R & G (1202-00), Tomo CLXV, pág. 215.

Hechos de la demanda de simulación

11-8-79 JS6° CM DF R & G (327-79), Tomo LXVI, págs. 128/132.

Prescripción de la acción

14-8-79 JS10° CM DF R & G (353-79), Tomo LXVI

Capítulo 37
EL INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO TEMPORAL
LA MORA

SUMARIO

I. RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO. 1. El retardo. 2. Fases del retardo. 3. Incumplimiento definitivo. 4. Transformación de la mora en incumplimiento definitivo.- II. CLASES DE MORA. 1. Por su origen.. A. Mora ex-contractu. B. Mora ex-lege. 2. Por los sujetos. A. Mora accipiendi. B. Mora solvendi: a) La mora solvendi ex-re. b) La mora solvendi ex-personam.- III. MORA DEL ACREEDOR. A. Concepto. B. Requisitos de la mora del acreedor. C. Efectos de la mora del acreedor.- IV. LA MORA DEL DEUDOR.. 1. Fundamento legal. 2. Elementos de la mora.- V. REQUISITOS DE LA MORA SOLVENDI (MORA DEL DEUDOR). 1. La obligación debe ser válida, cierta, líquida y exigible. 2. El Cumplimiento de las obligaciones debe ser posible. 3. Debe subsistir el interés del acreedor. 4. Es necesario un retardo injustiticado o imputable al deudor. 5. Es necesaria la interpelación. A. Fundamento legal. B. Casos en que no es necesaria la interpelación. C. Requisitos para aplicar la regla "el día interpela por el hombre" (Dies Interpellat pro homine). D. Casos en los que no es necesaria la interpelación: a) Cuando el deudor mismo hubiese reconocido estar en mora. b) En los casos del deudor doloso. c) Casos especiales. d) Acuerdo de las partes. E. Personas que pueden efectuar la interpelación. F. Personas a quienes

debe ser dirigida la interpelación. G. Formalidades de la interpelación: a) Formalidades sustanciales. b) Formalidades extrínsecas.- VI. EFECTOS DE LA MORA (Mora Solvendi). 1. Perpetuatio obligationem. 2. Daños y perjuicios.- VII. PURGA O EXTINCIÓN DE LA MORA. 1. Cuando el deudor cumple su obligación. 2. Por la renuncia a la mora. 3. Por la prescripción. 4. Por la llamada "Compensatio Morae". 5. Por la sentencia desfavorable. VIII. CASOS EN QUE NO EXISTE LA MORA. 1. En las obligaciones de no hacer. 2. El término útil. 3. Voluntad del deudor.

I. RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO

1. El retardo

(1217) En un sentido lato, se entiende por mora el retardo del deudor de cumplir con la obligación (mora del deudor) o del acreedor en recibir el pago (mora del acreedor). El deudor no cumple su obligación en la oportunidad o tiempo fijado, sino en una oportunidad posterior a la prometida. La obligación se cumple con demora y de allí que comúnmente se denomine mora a esta forma de incumplimiento.

2. Fases del retardo

(1218) Desde el punto de vista temporal, podemos diferenciar varias fases del incumplimiento.

1. El simple retardo.
2. El retardo culposo.
3. La mora del deudor.
4. El incumplimiento definitivo.

No puede confundirse la mora con cualquier retardo del deudor en el cumplimientó de su obligación. Si el retardo es consecuencia de una causa extraña no imputable, el deudor no incurre en responsabilidad alguna; no hay mora. Tampoco incurre en responsabilidad cuando el

acreedor se niega injustificadamente a recibir el pago, lo que excluye la mora del deudor. El retardo debido a culpa del deudor genera una responsabilidad civil a su cargo.

En general, la doctrina considera que el retardo culposo equivale a la mora del deudor. Pero para algunos autores, puede distinguirse entre el simple retardo culposo, que genera responsabilidad civil para el deudor (pago de daños y perjuicios), y la mora propiamente dicha, que produce efectos más graves para el deudor, pues además de ser responsable de los daños y perjuicios, pone a su cargo los riesgos de la cosa.

Entre el retardo y la mora hay un lapso, en el cual si bien el deudor no ha cumplido, tampoco el acreedor ha exigido el cumplimiento de la obligación, hay una tolerancia del acreedor por el retardo del deudor.

En la mora, hay un incumplimiento temporal; se supone que el deudor cumplirá en el futuro y que el acreedor todavía tiene interés en el cumplimiento de la obligación.

3. Incumplimiento definitivo

(1219) El incumplimiento definitivo se produce, independientemente de cualquier demora, en los siguientes casos:

a) En las obligaciones de no hacer, pues en ellas no puede haber demora; desde el momento mismo que el deudor ejecuta la prestación que se obligó a no hacer hay incumplimiento definitivo. El retardo o tardanza en el cumplimiento de obligaciones de no hacer es inconcebible, no puede ocurrir jamás. Cuando se revela el secreto que alguien se obligó a guardar, este dejó de serlo. Por ello, nuestro Código Civil, al referirse a los efectos de la mora en los diversos tipos de obligaciones (art. 1269), menciona solamente a las obligaciones de dar y de hacer y excluye a las obligaciones de no hacer; en éstas sólo puede haber incumplimiento definitivo y no retardo en el cumplimiento.

b) Cuando el cumplimiento de la obligación es imposible, aun cuando la obligación todavía no sea exigible, sea físicamente, por haber perecido la cosa objeto de la prestación, o jurídica: el objeto ha sido declarado ilícito por la ley. Imposibilidad sobrevenida, pues si fue desde el momento de la celebración del contrato este será nulo.

c) En el hecho ilícito, porque la violación de la obligación de no causar daños a terceros, implícita en el artículo 1185 CC, es una obligación de no hacer.

4. Transformación de la mora en incumplimiento definitivo

(1220) Cuando ha pasado el tiempo útil para el cumplimiento de la obligación (término esencial), ya no se puede hablar de mora sino de incumplimiento definitivo; el acreedor deja de tener interés en la prestación. Lo mismo sucede cuando después del retardo en el cumplimiento, este se hace imposible, inicialmente hay retardo, al no poder cumplir el deudor desaparece uno de los requisitos de la mora pues el acreedor deja de tener interés en la prestación o el deudor no puede cumplir.

II. CLASES DE MORA

(1221) La doctrina distingue diversos tipos de mora, a saber:

1° Por su origen:

A. *Mora ex-contractu.* Que consiste en el retardo culposo en el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato.

B. *Mora ex-lege.* Que consiste en el retraso culposo en el cumplimiento de una obligación derivada de la ley.

2° Según los sujetos de la obligación que hayan incurrido en mora:

A. *Mora accipiendi,* llamada también mora *credendi* o mora del acreedor. Es el retardo injustificado del acreedor en recibir el pago.

B. *Mora solvendi,* llamada mora del deudor, es el retardo culposo en el cumplimiento de a obligación por parte del deudor. En la mora *solvendi* a su vez se distingue:

a) La mora *solvendi ex-re.* Es la mora que se produce en aquellas obligaciones cuyo cumplimiento no exige requerimiento o interpelación por parte del acreedor, tal como ocurre en aquellas obligaciones que tienen establecido por las partes o por la ley, un plazo fijo para su ejecución y se cumplan los demás requisitos que veremos más adelante.

b) La mora *solvendi ex-personam.* Es la mora que se produce en aquellas obligaciones que exigen para su cumplimiento un requerimiento o una interpelación por parte del acreedor. La mora *solvendi ex-personam* ocurre después de haberse efectuado dicha intimación.

III. MORA DEL ACREEDOR

A. Concepto

(1222) A diferencia del Código Alemán, del Código Suizo y del Código Italiano de 1942, nuestro Código no desarrolla la mora del acreedor ni fija sus efectos.

La mora del acreedor es el retardo injustificado del acreedor en recibir el pago del deudor. La expresión "recibir el pago del deudor" no debe entenderse en el sentido de que deba tratarse de la entrega de sumas de dinero, sino que el acreedor debe recibir del deudor la prestación a la cual éste se ha obligado o, como se dice en doctrina, que el acreedor está obligado a recibir lo que se le deba. El retardo del acreedor no tiene que ser necesariamente culposo, basta que sea

injustificado. El no recibir puede ser una manifestación de voluntad de no recibir el pago, ejercer actos que impidan el cumplimiento del pago o una actitud puramente pasiva; el acreedor no se presenta a recibir el pago en el lugar convenido para ello.

La negativa tiene que ser injustificada, porque el acreedor se puede negar a recibir el pago cuando este no es completo, o no corresponde a la calidad de la prestación, o no es oportuno.

El deudor tiene un interés legítimo en pagar y cumplir con la obligación. A su vez el acreedor tiene la obligación de cooperar o colaborar con el deudor en el cumplimiento de la obligación, tiene que ejecutar los hechos necesarios para que el deudor pueda cumplir, presentarse en el lugar y momento del pago, indicarle los pormenores de la prestación de servicios a que se ha obligado el deudor, no impedir ni obstaculizar en forma alguna el cumplimiento de la obligación o negarse injustificadamente a recibir el pago. Debe, el acreedor conducirse como un buen padre de familia en la recepción del pago del deudor. De violar esa obligación incurre en mora.

El deudor tiene además el derecho de liberarse de la obligación y para ello deberá seguir el procedimiento de oferta real, en su fase contenciosa y obtener una sentencia que declare valida la oferta y el depósito (Art. 825 CPC), con lo cual se extinguirá la obligación.

B. Requisitos de la mora del acreedor

(1223) 1º Ofrecimiento real y completo del deudor de cumplir la prestación en el lugar y tiempo oportuno. La oferta debe ser hecha por persona capaz de pagar, al acreedor o a la persona que esté autorizada para recibirlo, que la deuda sea exigible y que el pago sea completo, con los intereses causados y los gastos líquidos y una para los ilíquidos, con un suplemento para los eventuales (Art. 1307 CC).

2º Negativa sin justa causa del acreedor para aceptar la prestación.

3° Intervención judicial. Aun cuando no sea una exigencia legal el deudor tendrá que acudir al procedimiento de oferta real y depósito

para poner en mora al acreedor, pues al ser exigible la prestación hay una presunción de mora del deudor, que solo puede ser destruida mediante la prueba de ser el acreedor quien está en mora.

Sin embargo, en ciertos casos no es necesario ocurrir a tal procedimiento: a) cuando el acreedor ha manifestado de manera expresa e inequívoca su voluntad de no recibir el pago; b) en las obligaciones de hacer que no impliquen la entrega de una cosa; c) cuando se requiera un acto previo del acreedor para que el deudor pueda cumplir con la obligación.

En estos dos últimos casos bastará el requerimiento del deudor al acreedor para recibir el pago, o para que ejecute el acto previo necesario para el cumplimiento, requerimiento que puede ser extrajudicial.

El artículo 1306 del Código Civil dispone en su aparte único:

"Los intereses dejan de correr desde el día del depósito legalmente efectuado y la cosa depositada queda a riesgo y peligro del acreedor".

En consecuencia, los efectos de la mora del deudor no cesan con la simple notificación al acreedor, cuando se trata de pagar una suma de dinero, cosas in genere o un cuerpo determinado. Es necesaria la intervención judicial, porque hecho el requerimiento al acreedor, y haberse desprendido el deudor de la cosa, "es necesario que se levante un acta, por el Juez, en la cual se indique la especie de las cosas ofrecidas, la no aceptación por parte del acreedor, o su no comparecencia, y en fin el depósito" (Art. 1308, 4°).

Si se trata de un cuerpo cierto, de un objeto determinado, que deba ser entregado en el lugar en que se encuentre, el deudor requerirá al acreedor para que lo reciba y si este no lo hace, la cosa se depositará en manos de un depositario nombrado por el Juez. Tratándose de un inmueble por naturaleza o por destinación el deudor podrá pedir al Juez que nombre el depositario, de lo cual se deduce que también puede designarlo el propio deudor. El requisito es que el deudor se desprenda de la cosa. Tratándose de sumas de dinero, el depósito se hará en un banco (Art. 823 CPC).

Los efectos de la mora del acreedor comienzan desde el día del depósito, pero solo se consolidan si el acreedor finalmente acepta la oferta o ella es declarada válida por el Tribunal.

La mora del acreedor no libera al deudor, para ello será necesario que seguida la fase contenciosa del procedimiento de oferta real y depósito sea declarado con lugar (Art. 823 CPC).

C. Efectos de la mora del acreedor

(1224) La mora del acreedor excluye los efectos producidos por la mora del deudor, se dice que purga la mora del deudor, y en consecuencia:

a) *Los riesgos los soporta el acreedor.* Si la cosa perece, la carga de tales riesgos la soporta el acreedor, quien nada puede reclamar al deudor.

Por ejemplo, el primer párrafo del artículo 1634 del Código Civil dispone: "Si quien contrató la obra se obligó a poner el material debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiere habido mora en recibirla".

b) El deudor no queda obligado, a partir de que exista la mora del acreedor, a la indemnización de daños y perjuicios moratorios.

c) Además de excluir los efectos de la mora, el acreedor deberá pagar al deudor los daños y perjuicios derivados de su mora, incluyendo los gastos en que hubiere incurrido el deudor.

La mora del acreedor no impide que posteriormente el deudor incurra en mora, lo que ocurre si ante la persistencia de la negativa del acreedor, el deudor no sigue oportunamente con la fase contenciosa del procedimiento, o se declara sin lugar la oferta y el depósito, salvo en los casos en que no es necesaria la intervención judicial.

IV. LA MORA DEL DEUDOR

1. Fundamento legal

(1225) El artículo 1269 del Código Civil dispone:

> Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención. Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora, sino por un requerimiento u otro acto equivalente; y, úni-camente ocho días después del requerimiento. Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente.

A su vez, el artículo 1271 del Código Civil establece: "El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación *como por retardo en la ejecución,* si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe".

2. Elementos de la mora

(1226) **A)** Un elemento de hecho, constituido por el retardo en el cumplimiento de la obligación: la obligación no se cumple en el momento o tiempo que fue prevista su ejecución, sino que se difiere en el tiempo. Este elemento es esencial para la existencia de la mora, pero no debe confundirse con la mora misma. La mora implica un retardo o un retraso en el cumplimiento de la obligación, pero no todo retardo en el cumplimiento de la obligación constituye mora.

B) Un elemento de naturaleza jurídica, que es la culpa (tomada esta noción en su acepción más lata que abarca al dolo); el retardo o retraso o tardanza en el cumplimiento debe ser culposo, determinado por una causa imputable al deudor. Si el retardo se debe a una causa

extraña no imputable, no procederá la noción de mora, sino estaremos en presencia de un caso de incumplimiento involuntario.

En este orden de ideas, es conveniente tener en cuenta que sobre el deudor que cumple con tardanza sus obligaciones pesa la carga de la prueba de no serle imputable el retardo, en ese sentido se dice que hay una presunción de que tal retardo es culposo; presunción de carácter *juris tantum* o relativa, pero el deudor sólo puede desvirtuarla si demuestra que ese retardo proviene de una causa extraña no imputable. Así lo consagra el artículo 1271 del Código Civil: "El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, *si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe*".

V. REQUISITOS DE LA MORA SOLVENDI. (MORA DEL DEUDOR)

(1227) La doctrina ha fijado los siguientes requisitos o condiciones para que pueda considerarse en mora al deudor:

1. La obligación debe ser válida, cierta, líquida y exigible

(1228) **A)** Debe ser válida, lo que excluye a las obligaciones nulas, las anulables y las naturales, pues en éstas el deudor no está obligado al cumplimiento.

B) Debe ser cierta, en el sentido de que el deudor debe conocer en qué consiste su obligación, su prestación, la conducta que debe observar, porque de lo contrario, mal puede incurrir en culpa si no sabe lo que debe.

C) Debe ser líquida, porque debe estar determinada la extensión de la prestación, pues si el deudor no sabe cuánto debe, tampoco puede cumplir. Si la deuda es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede incurrir en mora respecto de la parte líquida (Art. 1292 CC). Con respecto a la parte ilíquida, o si la totalidad de la obligación

es ilíquida, deberá procederse previamente a la liquidación, para lo cual generalmente es necesaria la colaboración del acreedor.

D) Debe ser exigible en el sentido de que la obligación debe haber sido contraida en forma pura y simple, no debe estar sometida a término suspensivo, explícito o implícito, o a condiciones suspensivas aún no cumplidas, porque de estar sometida la obligación a tales modalidades, el cumplimiento no podría exigirse todavía al deudor y por lo tanto no podría incurrir en retardo o tardanza.

2. El cumplimiento de las obligaciones debe ser posible

(1229) El cumplimiento de la obligación debe ser posible; si es imposible, trátese de una imposibilidad natural o jurídica, no estamos en presencia de mora, sino de incumplimiento definitivo.

Se tiene que tratar de una imposibilidad sobrevenida, porque si hubiese sido anterior o coetánea al momento del nacimiento de la obligación, ésta sería inexistente: el contrato estaría viciado de nulidad absoluta.

3. Debe subsistir el interés del acreedor

(1230) Igualmente puede ocurrir que el cumplimiento de la obligación sea posible, pero que el cumplimiento en especie ya no le interese al acreedor, tal como ocurre en las obligaciones que deben cumplirse en determinado tiempo (importación de juguetes para navidad; contratación de artistas para carnaval) por haber transcurrido el tiempo útil para que se cumplan. En todos estos casos estamos en presencia de un incumplimiento total y no de retardo en el cumplimiento.

4. Es necesario un retardo injustificado o imputable al deudor

(1231) Si la tardanza o retardo no es imputable al deudor, si proviene de una causa extraña no imputable, entonces no habrá lugar a mora, sino se aplicará la teoría del incumplimiento involuntario.

5. Es necesaria la interpelación

(1232) Para que el deudor quede constituido en mora es necesaria la interpelación, el requerimiento o intimación por parte del acreedor, acto mediante el cual éste manifieste a aquél su voluntad inequívoca de que la obligación que debe, le sea cumplida de inmediato.

La interpelación, intimación o requerimiento es esencial a la mora del deudor, salvo en los casos que deba aplicarse la regla *"Dies interpellat pro homine"*.

La interpelación, requerimiento o intimación, es el acto en virtud del cual el acreedor pone en conocimiento del deudor su voluntad inequívoca de que la obligación le sea cumplida de inmediato.

A. Fundamento legal

La interpelación es indispensable para que el deudor quede constituido en mora. No basta con que la obligación del deudor sea exigible, sino que debe exigírsele el cumplimiento. Así lo dispone el tercer párrafo del artículo 1269 del Código Civil: "Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente". Por ejemplo: si una persona adeuda una cantidad de dinero y no existe estipulado plazo para su devolución, el acreedor deberá proceder a la interpelación, reclamándole el pago, dándole así fin al plazo de tolerancia para el cumplimiento de la obligación.

B. Casos en que no es necesaria la interpelación

a) Cuando la obligación está sometida a término cierto (Dies interpellat pro homine).

Contemplado en el primer párrafo del artículo 1269 del Código Civil: "Si la obligación es de dar o de hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención".

Al vencerse el término cierto establecido por las partes, automáticamente el deudor se constituye en mora por la aplicación de la máxima romana *Dies interpellat pro homine* (el día interpela por el hombre), siempre que se cumplan los demás requisitos para ello.

En relación con esta máxima, la doctrina y la legislación se han dividido en dos tendencias: la tendencia francesa y la tendencia italiana. Para la tendencia francesa, y en vista de las normas contenidas en su Código Civil, aun cuando la obligación esté sometida a término cierto, es necesaria la interpelación al deudor para constituirlo en mora, porque el término en principio es establecido en beneficio del deudor y, por lo tanto, si vence dicho término sin que el deudor cumpla, habrá tardanza en el cumplimiento, pero no mora. El término suspensivo sólo tiene por efecto impedir que la obligación sea exigible antes de su vencimiento, pero cuando se cumple, la situación de la obligación es igual a la obligación contraida en forma pura y simple, que no obstante ser de cumplimiento inmediato requiere la intimación para que ocurra la mora. Sólo en el caso en que se hubiera estipulado expresamente el pago inmediato por el deudor al vencerse el término, es innecesaria la intimación.

La doctrina italiana (siguiendo al Código Civil de 1865), el Código Civil Alemán y el Código Civil nuestro sostienen el principio contrario: el día interpela por el hombre, o sea, el deudor se constituye en mora por el solo cumplimiento del plazo fijado, sin que se necesite de la interpelación.

C. *Requisitos para aplicar la regla "el día interpela por el hombre" (Dies interpellat pro homine)*

Para que el solo vencimiento del plazo haga constituir en mora al deudor, es necesario en nuestro Derecho:

a) Debe tratarse de una obligación sometida a término cierto (*certus an certus quando*), es decir, aquel término que se sabe que va a ocurrir y cuándo va a ocurrir (tal como la fecha del calendario). Si el término es incierto, porque no se sabe cuándo va a ocurrir, entonces es necesaria la intimación.

El término cierto no sólo es el convencional (estipulado por las partes), como podría creerse de una interpretación literal del artículo 1269 del Código Civil, sino también el término legal (establecido expresamente por el ordenamiento jurídico positivo).

b) Hay casos en que no obstante las obligaciones están sometidas a término cierto, el deudor no se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo estipulado.

En la llamada mora de los herederos, cuando el deudor muere y el término vence después de la muerte del deudor. En tal situación es necesario hacer la interpelación a los herederos y éstos no quedan constituidos en mora sino ocho días después de haberse practicado aquélla (art. 1269, segundo párrafo, "Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora, sino por requerimiento u otro acto equivalente y únicamente ocho días después del requerimiento"). Se supone que los herederos pueden ignorar la existencia de la obligación contraida por su causante.

c) El término debe ser en interés del deudor, porque se presume que a partir de ese momento el acreedor tiene interés en ser pagado inmediatamente. No se aplica al término en interés del acreedor o en beneficio de ambas partes.

d) Algunos autores limitan la regla *dies interpellat pro homine* a las deudas pagaderas en el domicilio del acreedor (deudas portables), tesis que ha sido acogida por el Código Civil italiano de 1942 (Art.

1219). Por cuanto la regla general es que a falta de designación en el contrato sobre el lugar del pago, este debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo si se trata de un cuerpo cierto (Art. 1295 CC), la regla "dies interpellat pro homine" tendría una aplicación muy restringida. Es cierto que el acreedor debe efectuar todos los actos necesarios para que el deudor pueda cumplir, por el deber de colaboración que le impone el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos. En caso contrario, incurre el acreedor en mora. Pero hay casos en los cuales la doctrina considera que el deudor tiene la iniciativa para pagar: en los pagos internacionales, cuando el pago debe hacerse a un tercero o en un lugar donde no sea precisa la presencia del acreedor. Por ejemplo, cuando el deudor debe pagar mediante depósito en una cuenta bancaria. Algunos autores llegan más lejos, considerando que cuando se cumplen todos los demás requisitos necesarios para poner en mora al deudor se hayan cumplido, la regla "dies interpellat pro homine" se aplica también a las deudas "querables".

Debe señalarse que algunos entienden como domicilio su acepción técnica (el lugar donde una persona tiene de sede principal de sus intereses); en cambio la mayoría la identifican con residencia, oficina, almacén, es decir una dirección determinada, inclusive llegando al extremo de haber exigido algún juez extranjero que estando las residencias del deudor y acreedor en un mismo edificio, el acreedor debe trasladarse al apartamento del deudor, posición a todas luces absurda.

Nos inclinamos a la tesis más extensiva, el acreedor solo debe trasladarse al domicilio del deudor, cuando por la naturaleza de la obligación ello sea indispensable para su cumplimiento, ya que la ley no exige como requisito de la aplicación del principio *dies interpellat pro homine* que el deudor se presente al domicilio del acreedor.

D. Casos en los que no es necesaria la interpelación

a) Cuando el deudor mismo hubiese reconocido estar en mora.

b) En los casos del deudor doloso, obligado a restituir lo que hubiese recibido de mala fe, como ocurre con el *accipiens* de mala fe, con el gestor de negocios que retenga indebidamente lo recibido con motivo de la gestión y con el que haya sustraido indebidamente una cosa; el legislador los considera en mora desde el momento en que el *accipiens* recibe el pago, o el gestor retiene indebidamente lo recibido o la cosa es indebidamente sustraida.

c) Tampoco hace falta la interpelación en algunos casos especialmente previstos por el legislador en atención a la naturaleza del contrato: en materia de comodato, el comodatario responde por la simple tardanza en la devolución (Art. 1727 Cc), lo que se justifica por el carácter gratuito del comodato.

d) Acuerdo de las partes. En los casos en que expresamente las partes hayan acordado que el deudor quedará constituido en mora sin necesidad de interpelación; lo que es posible, por cuanto la interpelación no es de orden público.

E. Personas que pueden efectuar la interpelación

La interpelación puede ser efectuada por las siguientes personas:

a) El propio acreedor.

b) Su representante o mandatario, autorizado suficientemente.

c) El gestor de negocios, por los créditos derivados de su gestión.

d) Dado que la interpelación se aproxima en su naturaleza a una manifestación unilateral de voluntad, las disposiciones generales que regulan a ésta son aplicables a aquélla, especialmente en lo que se refiere a la capacidad.

La interpelación efectuada por un sujeto con capacidad limitada para efectuar negocios jurídicos es válida, puesto que le favorece,

excepto si pretendiese que se le pague personalmente (pago que no es válido), y no a su representante legal.

F. Personas a quienes debe ser dirigida la interpelación

a) Al propio deudor.

b) A su representante o mandatario, siempre que esté en capacidad de cumplir con la obligación, así como a cualquier persona a quien el deudor haya autorizado a pagar.

c) Al gestor de negocios, por las deudas originadas en su gestión.

G. Formalidades de la interpelación

La doctrina ha clasificado las formalidades de la intimación en dos grandes categorías: formalidades sustanciales, aquellas referidas al contenido de la intimación; y formalidades extrínsecas, relativas a la forma externa de la interpelación.

a) Formalidades sustanciales

La manifestación de voluntad de ser pagado de inmediato; debe ser conminativa, implicar una amenaza.

1. El requerimiento debe referirse a la prestación debida; si se refiere a una prestación distinta de la debida, la interpelación es ineficaz. Si el acreedor pretende que se le pague una suma mayor, la doctrina no aporta soluciones unánimes: para unos, la interpelación es en este caso ineficaz; para otros, es válida si el acreedor menciona el documento en el cual conste la deuda, pues en este caso no hay duda acerca de la identidad de la obligación, puede considerarse como un simple error en la manifestación de voluntad de ser pagado.

2. Cuando la obligación no es líquida, el acreedor debe interpelar previamente al deudor para que rinda cuentas o efectúe la liquidación.

b. Formalidades extrínsecas

En relación con las formas externas que debe reunir la interpelación se plantean dos cuestiones fundamentales:

1. *¿La interpelación puede efectuarse verbalmente o es necesario hacerla por escrito?* Para la mayoría de los autores es necesario efectuarla por escrito, pues la forma oral o verbal no reviste la debida seriedad y seguridad para las partes. Esta es la opinión predominante en Venezuela, pues se aduce que en el tercer párrafo del artículo 1269 del Código Civil, al disponer que si no se establece plazo alguno no queda constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente, la expresión *"requerimiento u otro acto equivalente"* debe interpretarse como acto escrito.

2. *¿La interpelación debe efectuarse judicialmente, o basta con que se efectúe extrajudicialmente?* En Venezuela, algunos autores sostienen que debe ser judicial. Para fundamentar tal afirmación manifiestan que si bien el Código Civil no trae norma expresa al respecto, de una sana interpretación del artículo 1269 del Código Civil en conexión con el artículo 1969 ejusdem, que establece que la interrupción de la prescripción puede ser efectuada mediante una demanda judicial, un decreto o un acto de embargo o cualquier acto susceptible de poner en mora al deudor, y excluye la prescripción de créditos, para cuya interrupción basta el cobro extrajudicial. De allí deduce Palacios Herrera que los actos susceptibles de poner en mora al deudor deben ser actos judiciales.

Otros autores opinan que de dicha redacción no se puede deducir que la interpelación necesariamente deba ser efectuada judicialmente. Melich, a nuestro juicio con razón, considera suficiente la interpelación extrajudicial, siempre que tenga carácter conminativo, que constituya una amenaza de proceder contra el deudor.

VI. Efectos de la mora (*Mora solvendi*)

(1233) Constituido en mora el deudor, se producen los siguientes efectos:

1. Perpetuatio obligationem

La mora produce lo que se ha determinado en doctrina la "*perpetuatio obligationem*", o sea, que el deudor queda siempre obligado a cumplir y el acreedor podrá exigirle en todo tiempo el cumplimiento.

2. Daños y perjuicios

(1234) En las obligaciones de dar y de hacer, el deudor que incurra en mora está obligado a pagar al acreedor los daños y perjuicios provocados por la tardanza en el cumplimiento (art. 1271).

El acreedor deberá probar la existencia del daño y su consistencia. En las obligaciones que tienen por objeto sumas de dinero, los daños y perjuicios causados por el retardo culposo en el cumplimiento se presume la existencia del daño, y se determinan: consisten en el pago de intereses sobre la cantidad debida, salvo convenio de las partes o disposiciones especiales en contrario (Art. 1277 CC). Esos intereses pueden ser fijados de dos maneras: bien por la ley, y estaríamos en presencia del llamado interés legal, equivalente al tres por ciento (3%) anual de la cantidad adeudada (art. 1746 del Código Civil); bien por las partes, tratándose entonces del llamado interés "convencional".

Existen numerosas limitaciones a los intereses convencionales:

1°) no pueden exceder de la mitad del interés corriente en el mercado. (Art. 1746, aparte 3° CC). Por ejemplo si el interés corriente en el mercado es de seis por ciento, los intereses convencionales no podrán ser mayores del nueve por ciento. Esta limitación es de carácter general y se aplica a todo contrato.

2°) El interés del interés dado en préstamo con garantía hipotecaria, no puede exceder del uno por ciento mensual (Art. 1746, aparte 5 CC).

3°) El Decreto sobre Represión de la Usura del 9 de abril de 1946, considera como delito de usura "el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga un interés que exceda del uno por ciento mensual" (Art. 1°) y ordena reajustar los que excedan de dicha tasa a la máxima prevista en dicho decreto (Art. 3°).

Estas limitaciones han sido derogadas total o parcialmente, por la Ley de Protección al Consumidor, del 24 de marzo de 1992, según el cual el interés máximo en la venta a crédito de bienes y servicios será fijado por el Ejecutivo Nacional (Art. 61), y por el artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela en relación a los créditos bancarios, y por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de fecha 19 de febrero de 1981 en materia mercantil.

Tema de especial importancia es si además de los daños y perjuicios moratorios el acreedor de una obligación dineraria puede o no exigir el resarcimiento de otros daños y perjuicios como consecuencia del retardo culposo del deudor en cumplir con su obligación, cuestión a la cual nos referiremos en el próximo capítulo.

4º El deudor responde de los riesgos y perecimiento de la cosa, aunque ésta se destruya o deteriore por causa extraña no imputable. El deudor no responde si demuestra que la cosa de todos modos se hubiese destruido o deteriorado en manos del acreedor si el pago se hubiese cumplido oportunamente (Art. 1345 CC) porque no hay relación de causalidad entre la culpa del deudor (retardo en la entrega) y el daño. Por ejemplo, un incendio ha destruido la casa del acreedor donde el deudor debía entregar la cosa. Para algunos autores, el deudor deberá demostrar que el acreedor no hubiese podido trasladarla a otro sitio ni enajenarla, evitando así la causa extraña.

5° Se interrumpe la prescripión.

VII. PURGA O EXTINCIÓN DE LA MORA

(1235) La extinción de la mora, o sea, aquella situación en que la mora cesa y por lo tanto deja de producir sus efectos, es llamada en la doctrina "Purga de la mora", y ocurre en los casos siguientes:

1º *Cuando el deudor cumple su obligación.* Es la forma normal de extinción de la mora y no amerita mayor explicación.

2º *Por la renuncia a la mora efectuada* por el acreedor, bien porque otorgue un nuevo plazo al deudor, o admita una novación. Esa renuncia puede ser expresa o tácita. En este último caso deberá existir una manifestación clara de la voluntad del acreedor de renunciar a prevalerse de la mora. Por ejemplo, observando una conducta incompatible con la situación de mora: el arrendador que recibe el pago de la pensión del arrendamiento, cuyo término está vencido.

3º *Por la prescripción* de las acciones del acreedor contra el deudor. El acreedor ha tolerado el incumplimiento del deudor por el tiempo necesario para prescribir, no ha tenido interés en el cumplimiento de la obligación.

4º *Por la llamada "Compensatio Morae".* Cuando el retardo del deudor se debe a un hecho del acreedor, este se ha negado injustificadamente a recibir el pago o lo ha impedido, es el acreedor quien incurre en mora. No se concibe que deudor y acreedor estén simultáneamente en mora, se excluyen mutuamente.

5º *Por la sentencia desfavorable.* En los casos en que el acreedor ejerce judicialmente sus acciones y éstas son declaradas sin lugar por el juez.

VIII. CASOS EN QUE NO EXISTE LA MORA

(1236) La doctrina ha distinguido también aquellas situaciones en las cuales no se concibe la mora, situaciones que dependen de la especial naturaleza de las obligaciones de que se trate.

Dentro de estas situaciones se señalan:

1º *En las obligaciones de no hacer,* porque en ellas sólo puede existir el incumplimiento definitivo y no un retardo en el cumplimiento.

2º *El término útil.* En aquellas obligaciones que deben cumplirse en determinado tiempo y vence este tiempo útil para cumplir. En este caso, el simple vencimiento del tiempo constituye un incumplimiento definitivo y no será un retardo en el cumplimiento.

3º *Voluntad del deudor.* Cuando el deudor manifiesta su voluntad de no cumplir, caso en el cual se está en presencia de un incumplimiento total y absoluto.

BIBLIOGRAFÍA

Colin, Ambrosio y Capitant H. Ob. Cit. Libro II. Titulo I. Tomo III. Págs. 34 a 38.

Giorgi, Jorge. Ob. Cit. Volumen II. Págs. 83 - 127.

Josserand, Louis. Ob. Cit. Tomo II. Vol. I. Págs. 496 – 502.

De Page, Hwnri.. Ob. Cit.. Tomo III, N°s. 72 a 87, págs. 93 a 113.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Págs. 90 a la 104, 136 - 137 y 195 a 198

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit . Págs. 249 a 259.

Melich Orsini, José. La mora del deudor en el Derecho Venezolano. En Libro homenaje a Roberto Goldschmidt – UCV – Caracas (1969), págs. 332 a 396, en Estudios de Derecho Civil, Ediciones Fabreton, Caracas 1974, págs. 183 y sgtes.

Melich Orsini, José. El Pago . UCAB – Caracas 2000 – págs. 216 a 223.

Messineo, F. Derecho Civil. Ob cit. Tomo IV, págs. 334 a 353.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob Cit. Vol. Arts. 1269 a 1278, págs. 15 a 113; págs. 161 a 167. Vol. Arts.

Terré, F. Ob cit. N°s 577 a 589 – N°s. 982 a 993, págs. 473 a 482, 801 a 810.

Starck, Boris. Ob. cit. Vol. 2, nº 1602 a 1621, págs. 555 a 562.

Jurisprudencia

No es necesaria la interpelación. Sentencia del 1 de Diciembre de 1958. 17SC2. Jurisprudencia Tribunales de la República. Vol. VII, Tomo I, Tomo II. Pág. 601 - 602.

Necesaria la interpelación. Sentencia del 19 de Septiembre de 1960. DFMIM2. Jurisprudencia Tribunales de la República. Vol. VIII. Pág. 655.

No necesaria la interpelación. Sentencia del 3 de Abril de 1967. DFMSC3. Jurisprudencia Tribunales de la República. Vol. XV. Pág. 393.

Necesaria la interpelación. Sentencia del 17 de Octubre de 1968. DFMIC1. Jurisprudencia Tribunales de la República. Vol. XVI. Pág. 254.

Retardo en el Cumplimiento. Sentencia del 26 de Octubre de 1993. Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito. Pierre Tapia. Jurisprudencia Tribunales de Ultima Instancia 1993. Pág. 138 y 139.

Capítulo 38
LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

SUMARIO

I. GENERALIDADES. 1. Disposiciones legales fundamentales. 2. Cumplimiento exacto de la obligación. 3. El incumplimiento. A. Incumplimiento parcial. B. El incumplimiento referido a las cualidades de la prestación. C. La inexactitud puede referirse al lugar del pago. D. El incumplimiento puede ser temporal. 4. El derecho del acreedor al cumplimiento.- II. ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. 1. Es necesaria la existencia de un contrato válido entre las partes. 2. Violación de una obligación contractual. 3. Violación de un interés del acreedor que nace del contrato.- III. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. 1. La culpa. A) La culpa como fundamento de la responsabilidad contractual. a) Distintas doctrinas. b) Obligaciones de medio y de resultado. c) Obligaciones de garantía. d) Conclusiones. B) La carga de la prueba de la culpa. C) La diligencia del deudor. 2. El daño. A) La previsibilidad del daño. B) El daño directo. C) El daño moral. 3. La relación de causalidad. A) Concepto y carga de la prueba. B) Situaciones especiales. a) La responsabilidad de contratantes individuales en relación a un hecho que los vincula. b) El daño causado por personas vinculadas.-

I. GENERALIDADES

1. Disposiciones Legales Fundamentales

(1237) En el Código Civil encontramos distintas disposiciones en relación a la responsabilidad contractual. Entre ellas, las fundamentales son:

Artículo 1264: "Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios en caso de contravención".

Artículo 1271: "El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe".

Aún cuando dichos preceptos están contenidos en el Capítulo Tercero del Título Tercero del Código Civil, denominado "De los efectos de las obligaciones" las normas transcritas y en general todas las contenidas en dicho capítulo se refieren fundamentalmente a la responsabilidad contractual.

2. Cumplimiento exacto de la obligación

(1238) El cumplimiento exacto de la obligación implica que este debe ajustarse a los principios de identidad (no puede obligarse al acreedor a recibir cosa distinta de la que se deba, Art. 1290), integridad (el deudor no puede constreñir al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda, Art. 1291) oportunidad (debe ejecutarse en el momento estipulado (expresa, tácita o judicialmente, Art. 1212) y lugar fijado por el contrato, o por la ley, Art. 1295 CC).

Desde el mismo momento en que la obligación es exigible, aun cuando el deudor no esté en mora, el acreedor puede compeler al deudor al cumplimiento, inclusive forzoso, de la obligación.

Como hemos expresado anteriormente, el cumplimiento del deudor debe ser en especie (principio de la primacía de la ejecución en especie) y debe ser exacto. Si el deudor no puede cumplir con la prestación en especie, la única manera de satisfacer al acreedor será mediante el cumplimiento por equivalente, que se traduce siempre en el pago de una suma de dinero.

3. El incumplimiento

El incumplimiento del deudor puede ser total y definitivo, o puede ser inexacto. Este a su vez puede ser:

(1239) A. *Un incumplimiento parcial* (el deudor ha cumplido en parte, bien porque el acreedor ha preferido recibir una porción de lo que se le adeuda, lo que no perjudica su derecho a exigir el faltante, o bien porque el deudor, aun sin el conocimiento del acreedor, ha cumplido en parte; por ejemplo, cuando habiéndose estipulado que el pago de una suma de dinero deba hacerse mediante depósito en determinada cuenta bancaria, el deudor deposita una suma inferior a la debida.

(1240) B. *El incumplimiento referido a las cualidades de la prestación*, por ejemplo, el deudor en vez de entregar una cosa de la calidad media, lo hace de una especie de inferior condición.

(1241) C. *La inexactitud puede referirse al lugar del pago* (el vendedor entrega la cosa vendida en el domicilio del deudor, cuando se ha estipulado que lo hiciera en otra parte).

En todos los casos mencionados anteriormente, si el deudor no cumple en especie, debe pagar daños y perjuicios; es decir, debe cumplir por equivalente mediante la entrega de una suma de dinero. Se compensa al acreedor mediante la entrega de una suma de dinero; por ello, se los denomina daños y perjuicios compensatorios.

(1242) D. *El incumplimiento puede ser temporal*; el deudor podrá cumplir con retraso pagando daños y perjuicios; todo ello siempre que se cumplan los requisitos para que el deudor pueda cumplir con

retardo. Una vez que el retardo se ha convertido en mora, el deudor queda obligado al pago de los daños y perjuicios moratorios, que tratándose de sumas de dinero se denominan intereses moratorios. El deudor podrá cumplir tardíamente siempre que ello sea posible y que todavía subsista el interés del acreedor en el cumplimiento en especie.

En todos los demás casos de retardo habrá incumplimiento definitivo para satisfacer el interés del acreedor, el deudor no tendrá otro camino que pagar los daños y perjuicios compensatorios.

E. *El incumplimiento puede ser de una obligación principal del contrato* (el vendedor no entrega la cosa vendida) o de una obligación accesoria (el vendedor no entrega el documento que contiene la garantía de buen funcionamiento).

4. El derecho del acreedor al cumplimiento

(1243) Ante el incumplimiento total y definitivo del deudor, el acreedor puede compeler al deudor al cumplimiento forzoso en especie, si ello fuere posible, o exigir el pago de los daños y perjuicios compensatorios. Tratándose de un contrato bilateral, ante el incumplimiento total y definitivo del deudor, el acreedor puede exigir la resolución del contrato (Art. 1167 CC). La distinción entre cumplimiento en especie y cumplimiento por equivalente no tiene lugar tratándose de obligaciones dinerarias, porque el dinero es el equivalente mediante el cual se puede satisfacer el interés del acreedor.

Ante el incumplimiento inexacto del deudor, o incumplimiento parcial, es necesario determinar, por la autoridad judicial, la gravedad del incumplimiento para saber si proceden o no estas alternativas. La acción resolutoria en los contratos bilaterales no procede en todos los casos de incumplimiento parcial o tardío, será necesario que el juez califique la gravedad del incumplimiento para determinar si procede o no la resolución del contrato, como veremos al estudiar la acción resolutoria.

Entramos así en el campo de la responsabilidad contractual.

II. Ámbito de la responsabilidad contractual

El incumplimiento de una obligación contractual da lugar a la responsabilidad contractual. Precisemos este concepto.

1. Es necesaria la existencia de un contrato válido entre las partes

(1244) Como dijimos a propósito de la formación del contrato, cuando se produce un daño como consecuencia de las charlas preliminares, aun cuando la doctrina discutió si se estaba en presencia de una responsabilidad contractual o extracontractual, podemos afirmar que hoy la doctrina y jurisprudencia dominante consideran que tal responsabilidad está fundamentada en el hecho ilícito, precisamente porque todavía no existe, ni ha llegado a existir, un contrato entre las partes.

La nulidad del contrato también puede producir daños y perjuicios, pero también en este caso, por el llamado efecto retroactivo de la nulidad, según el cual el contrato se considera que nunca ha existido, la responsabilidad que pueda surgir es de naturaleza extracontractual.

Hay otras situaciones en las cuales la doctrina y la jurisprudencia se plantean si estamos en presencia de una responsabilidad contractual o extracontractual. En el caso del transporte benévolo, cuando una persona lleva en su automóvil a un amigo, o a una persona desconocida, sin haberse comprometido expresamente a ello, pudiera pensarse en que hay un contrato tácito. Sin embargo, la cuestión es debatida en la doctrina, pues algunos piensan que no existe tal contrato implícito, para otros más que todo por razones de equidad, debe considerársele como una responsabilidad contractual (Melich). Todavía existe una tercera tendencia; se trata más bien de una gestión de negocios.

La obligación tiene que nacer de un contrato entre las partes, por lo que se discute si los terceros pueden quedar sometidos al régimen de la responsabilidad contractual. No hay duda en el caso de los sub-

contratos, a quienes en principio se les equipara a las partes cuando la ley concede una acción directa (arrendador contra subarrendatario).

En cambio, se ha dudado cuando a pesar de no existir una acción directa, se trata de contratos íntimamente ligados entre sí y destinados a cumplir determinada finalidad; por ejemplo, el subcontratista frente al propietario de la obra, el paciente del cirujano frente al médico anestesista, casos que la doctrina se inclina a considerar que hay una responsabilidad contractual, siempre que el tercero esté en conocimiento de la finalidad común perseguida.

Cuando el daño es sufrido por un tercero como consecuencia directa del perjuicio sufrido por un contratante (la llamada responsabilidad por rebote), por ejemplo en el caso de la viuda del pasajero fallecido en el viaje frente al transportista, se ha considerado que hay una responsabilidad contractual, bien en virtud de una estipulación a favor de terceros, bien considerando que el deber de seguridad en el transporte se extiende a los parientes inmediatos de la víctima.

2. Violación de una obligación contractual

(1245) Se debe tratar del incumplimiento de una obligación contractual, y no de una obligación que se deriva directamente de la ley. Debemos entender como obligación contractual no solamente aquellas que de manera expresa han contraído las partes, sino también aquellas que en virtud de la integración del contrato tienen que ser consideradas como tales, tanto las normas supletorias como las normas imperativas.

3. Violación de un interés del acreedor que nace del contrato

(1246) Si el daño se ha producido violando un interés que el acreedor no esperaba del contrato, sino directamente de la ley, la responsabilidad es extracontractual. Por ejemplo, si el arrendador,

aprovechándose de su presencia en el inmueble arrendado, se apropia de una cosa propiedad del arrendatario, habiéndose violado una obligación legal, la responsabilidad es necesariamente extracontractual.

III. Requisitos de la responsabilidad contractual

Como en todos los casos de responsabilidad civil, son necesarias la culpa, el daño y el vínculo de causalidad.

1. La culpa

(1247) **A)** *La culpa como fundamento de la responsabilidad contractual.*

a) Distintas doctrinas

(1248) Al tratar sobre la responsabilidad civil en general, analizamos los principales conceptos relacionados con la culpa del deudor en materia contractual. Consideramos necesario insistir en algunos aspectos de esta cuestión.

En la doctrina se ha debatido si la responsabilidad contractual tiene su fundamento en la culpa (concepción subjetiva), o si basta el simple incumplimiento (concepción objetiva).

Para los partidarios de la concepción objetiva, la responsabilidad contractual nace del puro incumplimiento, a menos que exista una imposibilidad objetiva del cumplimiento, en la cual el papel de la culpa queda restringido a determinar si esa imposibilidad es imputable o no al deudor.

La concepción subjetiva considera que el único fundamento de la responsabilidad civil contractual es la culpa; se mira fundamentalmente el comportamiento del deudor y solo cuando este incurre en culpa ve comprometida su responsabilidad. Esta tesis tiene un fuerte apoyo en disposiciones del Código Civil, especialmente en el artículo

1270, según el cual "la diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que esta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia salvo el caso del depósito". Por esta razón la doctrina predominante y más autorizada considera que la culpa es el fundamento de la responsabilidad contractual.

Tanto en la doctrina francesa como en la italiana, existen partidarios de una u otra concepción.

b) Obligaciones de medio y de resultado

(1249) Recordemos la distinción que hace la doctrina entre las obligaciones de medio y de resultado, en estas últimas el deudor se compromete a un resultado concreto; por ejemplo la entrega de una cosa determinada. En este caso se dice que el deudor tiene que aportar o probar la causa extraña no imputable para ser exonerado de responsabilidad.

En cambio, en las obligaciones de medio, el contenido de la obligación consiste en la ejecución de los actos que de acuerdo a la naturaleza de la obligación pueden o no llevar a un resultado concreto, por ejemplo la obligación del médico que es aportar sus conocimientos y su pericia para obtener el fin deseado, pero el médico no se obliga a curar al enfermo.

En ambos casos el interés del acreedor está en el resultado, por lo cual se considera que la diferencia no es sustancial

c) Obligaciones de garantía

(1250) Una parte de la doctrina ha señalado que se puede concebir todavía una tercera categoría: las obligaciones de garantía en las cuales ni siquiera la causa extraña no imputable exime al deudor de su responsabilidad, como ocurre en el contrato de seguros, en el cual el asegurador se obliga a indemnizar las pérdidas o los perjuicios que

puedan sobrevenir a la otra parte en casos determinados, fortuitos o de fuerza mayor; o bien pagar una suma determinada de dinero según la duración o las eventualidades de la vida o la libertad de una persona" (Art. 548 C. Com). El asegurador no puede alegar la causa extraña no imputable, pues es precisamente un evento de esta naturaleza lo que produce su responsabilidad.

d) Conclusiones

(1251) Estas categorías de obligaciones, aun cuando sujetas a críticas por buena parte de la doctrina, han sido utilizadas para explicar la vinculación que tienen con la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual.

En las obligaciones de garantía, en las cuales el deudor no tiene ninguna posibilidad de alegar la causa extraña no imputable para justificar su incumplimiento, en nuestro parecer hay un caso de responsabilidad objetiva.

En cambio, en las obligaciones de medio es indudable que la culpa es el fundamento de la responsabilidad; el acreedor tendrá que imputarle determinados hechos culposos al deudor para que este resulte responsable.

Finalmente, en el caso de las obligaciones de resultado, el deudor puede exonerarse demostrando la imposibilidad objetiva de cumplir, la causa extraña no imputable, y al hacerlo está demostrando que no tuvo culpa en el incumplimiento de la obligación. Por ello, aun en este caso el fundamento de la responsabilidad contractual es la culpa.

B) *La carga de la prueba de la culpa*

(1252) La distinción entre obligaciones de garantía, medio y resultado también ha sido utilizada por la doctrina para explicar la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad contractual.

En las obligaciones de resultado al acreedor le bastará probar la existencia del contrato para que el deudor sea declarado responsable

del incumplimiento, es el deudor que tiene la carga de la prueba del hecho que extingue su obligación: la causa extraña no imputable.

Es evidente que con respecto a ciertas obligaciones de resultado el deudor no puede alegar la causa extraña no imputable, porque no hay imposibilidad objetiva de cumplimiento. Ello sucede en todas las obligaciones pecuniarias y en las obligaciones de entregar un cuerpo in genere.

En algunas obligaciones de hacer, en las cuales el contenido de la obligación del deudor consiste en un resultado; por ejemplo, en el contrato de obra; quien se ha comprometido a construir un edificio, o a reparar un automóvil, solo cumple con su obligación cuando el resultado concreto se produce. En este caso la diligencia del deudor tiene que vencer todos los obstáculos que puedan impedir el cumplimiento de la obligación, salvo que se den los requisitos de la causa extraña no imputable.

En la obligación de medios, aun cuando el acreedor aspire a un resultado concreto, el deudor solo se obliga a poner todos los medios que estén a su alcance para llegar a ese resultado, la diligencia que debe poner el deudor no le exige obtener un resultado concreto, sino ejecutar todos los actos necesarios para cumplir con el fin perseguido, deberá comportarse como el buen padre de familia, cumpliendo con exactitud todas aquellas prestaciones que las reglas de la profesión u oficio consideren adecuadas para ello. En este caso no basta que el acreedor compruebe la existencia de la obligación, el contrato del cual nace, sino que es necesario demostrar la culpa del deudor, porque este es uno de los hechos constitutivos de su responsabilidad.

Habrá que comparar la conducta observada por el deudor con aquella que se espera del buen padre de familia, del hombre honesto, diligente, precavido, tomando en consideración lo que postule la respectiva profesión u oficio. No se trata de elementos subjetivos en relación al deudor, sino requisitos objetivos; por ejemplo, al arquitecto que se le ha encomendado la construcción de una obra, tendrá que examinar el suelo para saber si es adecuado, contratar una empresa de

construcción que esté en capacidad para ejecutar la obra, constatar la calidad de los materiales empleados, el ritmo de la construcción para que pueda ser entregada la obra oportunamente, etc.

El deudor debe estar consciente de tener la capacidad técnica y organizativa para poner toda la diligencia necesaria para el cumplimiento de la obligación; en caso contrario abstenerse de contraer una obligación para la cual no es competente.

En la obligación de dar, la transferencia de propiedad u otro derecho real es una obligación de resultado; pero respecto de las obligaciones de hacer consecuenciales (deber de custodia y entrega), en general la doctrina y la jurisprudencia francesa consideran que la custodia es una obligación de medio, precisamente por su propia naturaleza, en cambio la entrega propiamente dicha es una obligación de resultado.

Esta distinción suscita dificultades en cuanto a la obligación de restituir una cosa, porque habrá que distinguir si el daño se produjo mientras la cosa estaba en poder del deudor (obligación de custodia) en cuyo caso el acreedor tendrá que demostrar la falta o culpa del deudor; en cambio, si el incumplimiento fue en el momento de entregar la cosa, le correspondería al deudor demostrar la causa extraña no imputable por ser una obligación de resultado.

Sin embargo, hay que matizar estas distinciones, bien por disposiciones expresas de la ley, o lo que resulte de la voluntad de las partes.

C) *La diligencia del deudor*

(1253) La distinción entre obligaciones de medio y de resultado tienen no solamente influencia en determinar a quién corresponde la carga de la prueba, sino también para medir la diligencia del deudor en el cumplimiento de la obligación, por cuanto en las obligaciones de resultado generalmente en la jurisprudencia es más exigente para admitir la imposibilidad de cumplimiento.

La diligencia que debe poner el deudor también tiene relación con el contenido de la obligación; en cuyo caso es más bien un pro-

blema de interpretación del contrato para determinar con exactitud a qué se obligó el deudor.

Hay una fuerte tendencia a regular las actividades profesionales en beneficio del acreedor no profesional, como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario que tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de sus derechos.

En los contratos a título gratuito generalmente se atenúa la responsabilidad del deudor (Art. 1693 CC, en relación al mandato), o se agrava (Art. 1727 CC, Ordinales 2° y 3°); pero en el caso del depósito se aprecia la culpa en concreto, es decir hay que comparar la conducta del deudor en el cumplimiento de la obligación con la misma que observa generalmente, lo que puede implicar una agravación de la responsabilidad, en caso de ser el depositario extremadamente diligente y cuidadoso, o una disminución de su responsabilidad, cuando se trata de una persona negligente en relación a sus propias cosas (Art. 1756 CC).

En la economía contemporánea la mayor parte de las obligaciones son cumplidas por empresas (grandes, medianas o pequeñas), por lo cual a pesar de estar la responsabilidad a cargo del empresario, muchas otras personas intervienen en el cumplimiento de la obligación, se requieren no solo los medios necesarios para ejecutar la prestación, sino también una organización adecuada que permita el exacto cumplimiento de la obligación.

2. El daño

A) La previsibilidad del daño

(1254) En el Capítulo 7°, Sección Primera, titulada "El Daño", (N°s. 271 al 322) analizamos el concepto de daño, sus requisitos, las diferencias sustanciales entre el daño en la responsabilidad extra-contractual y contractual. Precisaremos aquí los conceptos relacionados con el daño en la responsabilidad contractual.

Para que haya lugar a la responsabilidad contractual, es indispensable que el daño reúna los requisitos de certeza, lesión a un derecho adquirido, determinación de su consistencia y su cuantía, y no haber sido reparado.

La diferencia fundamental respecto del daño en la responsabilidad contractual y por hecho ilícito, es que en la primera el daño debe ser previsible para que haya lugar a la reparación, salvo el caso del dolo. Así lo dispone expresamente el artículo 1274 CC: "El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos, o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo".

En el momento de celebrar el contrato, las partes evalúan las posibles consecuencias del incumplimiento de alguna de sus obligaciones. No solo en los contratos aleatorios, en los cuales por su naturaleza el alea es un elemento característico, del cual depende el nacimiento de la obligación (contrato de seguros), sino también que en los contratos conmutativos existe el riesgo de que alguna de las partes no pueda cumplir con su obligación. Precisamente cada una de las partes tiene en consideración el riesgo de tener que reparar el daño que pueda producir su eventual incumplimiento, y esto lo tomarán en cuenta al negociar las recíprocas prestaciones que nacerán de su contrato bilateral, y medir la conveniencia de obligarse o no en atención a esa eventual responsabilidad. Precisamente los daños imprevisibles al momento de la celebración del contrato, por su misma naturaleza no pueden ser objeto de tales consideraciones.

La previsibilidad del daño es cuestión distinta a lo que trata de resolver la teoría de la imprevisión. En esta lo imprevisible es un cambio en las condiciones económicas entre el momento de la celebración del contrato y el momento de su ejecución. Hemos visto que la doctrina y la jurisprudencia rechazan la teoría de la imprevisión por ser contraria al principio de la intangibilidad de los contratos.

En cambio la previsibilidad del daño no implica un cambio en las circunstancias, sino simplemente hechos en los cuales las partes no

pensaron, ni pudieron imaginarse, en el momento de la celebración del contrato y que pueden influir en la extensión de su responsabilidad.

En virtud del principio según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, cada una de ellas deberá comportarse colaborando con la otra parte desde el inicio de la formación del consentimiento hasta el cabal cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato.

Si alguno de los contratantes incurrió en mala fe, bien sea al celebrar el contrato, ocultando los vicios de la cosa conocidos por él o quien intencionalmente incumple con sus obligaciones contractuales, no puede quedar obligado a reparar el daño en la misma medida que la persona que ha procedido de buena fe en todo momento. De allí que cuando hay simple culpa en el comportamiento de una de las partes, su responsabilidad queda limitada a los daños previstos o que hubieren podido preverse en el momento de la celebración del contrato; en cambio, quien procede con dolo ve agravada su responsabilidad y debe responder por todo el daño que cause, de la misma manera que debe hacerlo el autor del hecho ilícito, en cuyo caso la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito (Art. 1196 CC).

El daño puede ser imprevisible, tanto en su causa, como en su extensión. Durante mucho tiempo la jurisprudencia francesa limitó la imprevisibilidad a su causa, y no a su extensión, por considerar que la norma contenida en el artículo1274 es de carácter excepcional y por ello de interpretación restrictiva, ya que el principio general es que el daño debe repararse íntegramente. Así, un Juez consideró imprevisible el daño causado al arrendatario de un almacén situado en las afueras de la ciudad que, para el momento de la celebración del contrato no tenía ninguna importancia comercial, pero que con el transcurso del tiempo se convirtió en una zona de gran movimiento. Es indudable que para el momento de la celebración del contrato las partes no pudieron prever que la zona en que estaba situado el local se convertiría en un punto comercial de gran valor. Al ser desalojado el arrendatario por el verdadero propietario del inmueble el juez limitó los daños a

los que correspondían al local de poco valor, por ser imprevisible el mayor, ignorando el arrendador que el almacén no le pertenecía (lo que excluye el dolo). No habiendo dolo del arrendador, este solo quedará obligado por lo que las partes hubieran podido prever para el momento de la celebración del contrato.

En la actualidad la jurisprudencia francesa considera que no solo debe tomarse en consideración la causa del daño, sino también su cuantía, cuando ella era imprevisible. Por ejemplo, si se entrega al transportista una caja cerrada, que contiene objetos frágiles y de gran valor, sin advertírselo, este no puede prever que la destrucción de aquella caja implicaría un daño muy importante en su cuantía, pues era imprevisible para el transportista adivinar el contenido de la caja y en consecuencia se reduce la cuantía del daño al que era previsible al celebrar el contrato.

Para determinar si el daño fue imprevisible se tomarán criterios objetivos de acuerdo con las circunstancias dadas en el momento de la celebración del contrato, ausencia de información de una de las partes a la otra; es decir, aplicar tanto el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, como el equilibrio de las prestaciones recíprocas en los contratos bilaterales. Al extender la imprevisibilidad a la cuantía del daño, la jurisprudencia francesa favorece al deudor de buena fe.

En cambio, no se justifica esa limitación cuando el deudor intencionalmente incumple la obligación.

Aun cuando el dolo implica una conducta con el propósito de dañar, la doctrina y la jurisprudencia asimilan en esta materia la culpa grave al dolo, entre otras razones por la dificultad de probar esa intención, que debe presumirse en quien incurre en culpa grave.

Las cláusulas limitativas de la responsabilidad, la fijación convencional del monto de los eventuales daños, la cláusula penal, las arras son medios que tienen las partes para regular tales efectos del contrato.

B) El daño directo

(1255) El artículo 1275 del Código Civil dispone: "Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor, no deben extenderse sino a los que son consecuencia directa e inmediata de la falta de cumplimiento de la obligación".

Este es uno de los principios que rige la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, porque en ningún caso el deudor está obligado a pagar los daños y perjuicios indirectos. Cualquier hecho culposo puede originar una serie en cascada e indefinida de daños: contrato a una persona para que me traslade al aeropuerto, al no presentarse en el tiempo estipulado, debo contratar otro transportista que me cobra el doble, pero a pesar de ello pierdo el avión que me llevaría a la ciudad donde una persona ha ofrecido comprarme una prenda por un precio mucho mayor que el del mercado, previo examen de la misma. Al llegar retrasado a la ciudad donde se encuentra mi presunto comprador, este ya ha cerrado un negocio con un tercero, perdiendo así la oportunidad de obtener una utilidad considerable. Así podemos seguir indefinidamente.

Yo solo podrá reclamar al transportista el daño directo que es consecuencia inmediata de incumplimiento: el exceso que he tenido que pagar a otro taxista, porque hasta ahí hay relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

El daño indirecto no es resarcible porque falta uno de los elementos de la responsabilidad civil: la relación de causalidad.

C) El daño moral

(1256) Aun cuando parte de la doctrina es partidaria de extender en materia contractual la reparación al daño moral, la jurisprudencia francesa se ha mostrado reacia a aceptarlo. Entre nosotros, desde la sentencia de la Sala de Casación Civil del 25 de junio de 1981, la

jurisprudencia es pacífica en no admitir el daño moral en materia contractual. Se ha estimado que el daño moral no es previsible, pues no todas las personas reaccionan de la misma manera; el daño moral no priva a las partes de una utilidad, que es una ganancia en dinero, un beneficio material o patrimonial; el daño moral no es una consecuencia inmediata del incumplimiento de una obligación contractual y finalmente porque el daño moral solo está contemplado en nuestra legislación en la responsabilidad por hecho ilícito (Art. 1196 CC).

La doctrina establecida en esta sentencia ha sido reiterada, tanto por tribunales de instancia como por la misma casación, en sentencia del 24 de marzo de 1983.

3. La relación de causalidad

A) Concepto y carga de la prueba

(1257) La relación de causalidad no presenta problemas particulares en materia de responsabilidad contractual. En efecto, al establecer el artículo 1271 CC que el deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, el acreedor no tiene la carga de la prueba de la relación de causalidad, le corresponde al deudor probar el hecho impeditivo de su responsabilidad: la causa extraña no imputable.

Debe señalarse que en la jurisprudencia francesa se han presentado algunas situaciones en conexión con la relación de causalidad.

B) Situaciones especiales

(1258) **a)** *La responsabilidad de contratantes individuales en relación a un hecho que los vincula.* Cuando se desconoce a cuál de varios contratantes se puede imputar culpa, falta de diligencia, quien debe reparar el daño, un caso concreto es el siguiente: en un edificio ocupado por varios inquilinos, cada uno de los cuales ha celebrado un contrato individual de arrendamiento en relación al apartamento que ocupa, se produce un incendio que destruye el edificio, sin que pueda determinarse en cual de los diversos apartamentos se originó el mismo. Se tiene que excluir la responsabilidad por hecho ilícito, por cuanto se dan todos los supuestos para la aplicación de la responsabilidad contractual. En materia de responsabilidad por hecho ilícito, al no existir en Francia una norma equivalente al artículo 1195 de nuestro Código Civil (si el hecho ilícito es imputable a varias personas, quedan obligadas solidariamente a reparar el daño causado) la doctrina y la jurisprudencia francesa han creado la figura de la obligación "in solidum", que le permite a la víctima obtener prácticamente los mismos resultados de la solidaridad. En este caso, la jurisprudencia francesa ha aplicado la noción de falta colectiva en aquellos casos en los cuales la culpa no pueda ser imputada a alguno de los miembros del grupo. Le corresponderá entonces a los miembros del grupo identificar al responsable, fundamentando su defensa en el hecho del tercero. En nuestro parecer, tal solución no es aplicable al derecho venezolano pues en materia contractual, la solidaridad no se presume.

(1259) **b)** *El daño causado por personas vinculadas.* La ejecución del contrato generalmente requiere, además de la actuación directa y personal del contratante, la intervención de otras personas: dependientes, subcontratistas, proveedores, etc. Es el caso típico del contrato de obras, en el cual el contratista asume una obligación de resultado, el contratista no podrá alegar el hecho del dependiente, por quien responde, ni tampoco el hecho del sub-contratista, ni de las personas vinculadas con éste, porque aun cuando no hay una relación

directa entre el propietario de la obra y estos terceros, todos intervienen, mediante un grupo de contratos, a satisfacer el interés del acreedor. La doctrina entiende que en tales casos, hay un vínculo de causalidad entre el contratante y las personas vinculadas al contratista, quien responde por el hecho de ellas.

Bibliografía

De Page, H. Ob. Cit. Tomo II, Nºs. 583 – 606, págs. 541 – 516; Tomo III, N°s. 92 a 101, págs. 118 a 132; N°s. 112 a 115, págs. 140 a 144.

Giorgi, Jorge. Ob. Cit. Tomo II, Nº 2 al N° 41, págs. 17 a 83.

Mazeaud, Henri-Leon-Jean. Ob. Cit. Parte II. Vol. II, N°s. 380 a 405, págs. 31 a 54; N°s. 406 a 482, págs. 59 a 91; N°s. 435 a 439, págs. 94 a 100; N°s. 565 a 577, págs. 312 a 323.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo VII, Nºs. 821 a 847, págs. 132 a 160; N°s. 854 a 865, pags. 165 a 178; Tomo VI, N°s. 376 a 390, págs. 527 a 551.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Arts. 1250 al Art. 1268, págs. 317 a 375; Vol. 1269 al 1278, págs. 115 a 410.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Cap. XI, Nºs. 324 a 341, págs. 451 a 515.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit. Títulos LI y LII, págs. 271 a 280.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 533 a 581, págs. 436 a 476.

Starck Boris. Ob Cit. Vol. II, N°s. 1660 a 1715, págs. 596 a 598.

Viney Genevieve, Introduction a la Responsabilite 2° Edition, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, París, 1995. N°s. 165 a 175, págs. 281 a 310; N°s. 181 a 189, págs. 321 a 347; N°s. 207 a 210, págs. 379 a 390.

Viney Genevieve y Jourdain, Patrice, Les conditions de la Responsabilite, 2° Edition, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, París, 1998.

JURISPRUDENCIA

Daño. A lo que se limitan

5-11-93 JS2°CyM IC P.T, Tomo VI, pág. 201.

Daño moral no se puede exigir por incumplimiento contractual.

19-5-00 JS1° CMT Área Metropilitana R & G (872-00), Tomo CLXV, pág. 9.

Daño moral. No procede su indexación.

2-5-00 TSJ SPA R & G (1079-00), Tomo CLXV, pág. 453.

Daño moral. Indexación monetaria desde el fallo hasta su ejecución.

17-5-00 TSJ CS R & G (1211-00), Tomo CLXV, pág. 743.

Responsabilidad contractual y extracontractual

La presencia de una relación contractual entre las partes no impide que la ocurrencia de un hecho ilícito genere una indemnización derivada del mismo.

11-3-99 CSJ SPA R & G (619-99), Tomo CLII, pág. 463.

Daño moral en material contractual

10-1-94 JS6° CyM IC P.T, Tomo VI 1/94, pág. 116.

7-2-94 JS9° CyM IC P.T, Tomo VI 2/94, pág. 86.

Capítulo 39
LOS MAYORES DAÑOS POR EL RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. LIMITACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS. 1.El artículo 1277 del Código Civil. 2. El problema del mayor daño. 3. Antecedentes del artículo 1277: A) La norma equivalente en el Código Napoleón. B) El Código Civil italiano de 1865. C) El Código Civil venezolano de 1942.D) La doctrina venezolana hasta la década de 1970.- III. DIVERSAS ESPECIES DE INTERESES. 1. Intereses correspectivos. 2. Intereses convencionales. 3. Intereses moratorios. 4. Intereses compensatorios.- IV. LOS EFECTOS DE LA INFLACIÓN EN EL MAYOR DAÑO SUFRIDO POR EL ACREEDOR. 1. El principio nominalista. 2. El perjuicio del acreedor. 3. El mayor daño en ausencia de la limitación legal contenida en el artículo 1277 del Código Civil.4. El mayor daño independientemente de la depreciación de la moneda.- V. NORMAS ESPECIALES. 1. El artículo 108 del Código de Comercio. 2. El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.- VI. LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA A PARTIR DE 1987. 1. La doctrina. A) La opinión del Dr. Melich (1969). B) La opinión del Dr. Nikken. C) La opinión del Dr. Gramcko. D) Las ideas del Dr. Rodner. E) El análisis del Dr. Lagrange. 2. Los laudos arbitrales. 3. La jurisprudencia de casación. A) La sentencia del 30 de septiembre de 1992. B) La sentencia del 17 de marzo de 1993.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos considerado que el tema de la resarcibilidad del mayor daño (en exceso a los intereses moratorios) por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, requiere un análisis más extenso que lo apropiado en un manual elemental sobre la teoría de las Obigaciones.

Primero, por la importante depreciación de la moneda venezolana en los últimos veinte años y el daño que ello produce al acreedor mediante un correlativo enriquecimiento injustificado del deudor al pagar en una moneda depreciada.

Segundo, y quizás la razón más importante, por el rumbo que ha tomado en esta materia nuestra jurisprudencia, apartándose de los principios que regulan la responsabilidad civil según la doctrina dominante y más autorizada, cuya consecuencia al considerar la indexación judicial como solución al problema de la inflación, es desconocer el principio cardinal del nominalismo de las obligaciones pecuniarias, dificultando así la obligación que tiene el Banco Central de Venezuela de establecer una política monetaria en defensa de la estabilidad del bolívar, y por ende de los precios.

II. LA LIMITACIÓN A LOS INTERESES MORATORIOS

1. El artículo 1277 del Código Civil

(1260) Al analizar la mora del deudor, hemos dicho que el retardo en el cumplimiento de la obligación pecuniaria o dineraria, produce los llamados intereses moratorios a partir de la mora del deudor. La ley no solamente presume el daño, sino que fija su monto: el interés convencional y a falta de este, el interés legal del 3% annual (Art. 1277 CC).

2. Planteamiento del problema

(1261) La doctrina se ha planteado si además de los intereses moratorios, el acreedor podrá exigir otros daños que se puedan producir con ocasión del retardo. Concretamente el daño causado por la pérdida del valor de cambio de la moneda, que produce el fenómeno denominado inflación. Sin embargo, es evidente que existen otros supuestos en los cuales el simple retardo produce al acreedor un daño distinto de los simples intereses moratorios: por ejemplo, la pérdida de bienes del acreedor, la pérdida de la oportunidad para obtener un beneficio, e inclusive la falta de pago de la obligación dineraria puede provocar la quiebra del deudor, su ruina.

3. Antecedentes del artículo 1277

A) La norma equivalente en el Código Napoleón

(1262) Debido a las infinitas posibilidades de un daño mayor, difícil de prever y justificar, la doctrina francesa anterior al Código Napoleón consideró que el único daño resarcible por el retardo en el cumplimiento de la obligación son los intereses moratorios. POTHIER se pronunció por la necesidad de regularlo por la ley a un tanto fijo determinado, doctrina acogida por otros autores de la época. En base a la opinión predominante, en el Código Napoleón se estableció que "en las obligaciones que tienen por objeto el pago de una suma de dinero, "los daños y perjuicios resultantes del retardo no consisten nunca sino en la condena de los intereses fijados por la ley, salvo las reglas del comercio y en la fianza" (Art. 1153 del Código Napoleón).

B) El Código Civil italiano de 1865

(1263) En el Código Civil italiano de 1865 se reprodujo prácticamente la disposición del Código Napoleón, con una redacción

distinta y añadiendo el contrato de sociedad a las excepciones que permiten la reclamación de un daño mayor.

C) El Código Civil venezolano de 1942

(1264) La misma idea se reproduce en el Código Civil venezolano de 1942 "A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten *siempre* en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales".

Esta defensa a ultranza del principio nominalista, formulada en 1942 por la Comisión que preparó el proyecto, es difícil de comprender, especialmente porque en las actas de sus sesiones nada se dice sobre el particular. Ya RICCI y GIORGI en Italia a principios del siglo XX, se habían pronunciado por la posibilidad de reclamar un daño mayor; la norma del Código Civil francés había sido modificada por la ley de 1900, la doctrina y la casación francesa habían admitido la procedencia del mayor daño compensatorio en caso de mala fe del deudor y siempre que el daño fuese probado, también la doctrina y jurisprudencia italiana lo habían admitido. Además, el Código Civil italiano de 1942 prevé expresamente que el acreedor que pruebe haber sufrido un daño mayor le corresponde un ulterior resarcimiento (Art. 1224) y en el proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, antecedente inmediato de nuestro Código de 1942, también se le admitió.

D) La doctrina venezolana hasta la década de 1970

(1265) Ante esa rígida posición del legislador, la doctrina venezolana fue unánime en rechazar la posibilidad de un daño mayor (Sanojo, Dominici, Kumerov, Zambrano, Palacios Herrera (implícitamente), Maduro Luyando, Pulido Méndez) con la sola excepción del Dr. Melich Orsini quien ya en 1969 (época en la cual todavía no se había hecho problemática la inflación, por ser muy baja), consideró

que el simple retardo culposo en el cumplimiento de la obligación, aun cuando el deudor no estuviere en mora, da derecho al acreedor a exigir el resarcimiento de tales daños, en virtud de las reglas generales que rigen la responsabilidad civil. Para Melich, los daños moratorios son exclusivamente los que se producen a partir de la mora del deudor, pero hay otros daños que pueden producirse antes por el simple retardo del deudor. La jurisprudencia no tuvo oportunidad de pronunciarse, pues nadie reclamó (que nosotros sepamos) un mayor daño en ese período hasta la década de 1980, cuando ya se hicieron sentir los efectos de una inflación acelerada y perniciosa.

III. DIVERSAS ESPECIES DE INTERESES

Antes de continuar nuestro análisis, es conveniente señalar que la doctrina distingue tres especies de intereses:

(1266) 1. *Los intereses correspectivos o proporcionales* que consisten en la retribución del uso del dinero, independientemente de la culpa del deudor, consecuencia de la idea fundamental del sistema capitalista, según el cual el dinero es fructífero. Ejemplos de los intereses correspectivos los encontramos en el artículo 108 del Código de Comercio, según el cual "las deudas líquidas y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado", regla que no encontramos en materia civil, pero si algunos casos particulares: "A falta de convención especial, el comprador debe intereses del precio hasta el día del pago, aun cuando no haya incurrido en mora, si la cosa vendida y entregada produce frutos u otra renta" (Art. 1529 CC).

(1267) 2. *Los intereses convencionales*, que son los pactados por las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, intereses que están limitados en el préstamo civil al 1% mensual (Decreto contra la Usura), y por las atribuciones que concede la Ley del Banco Central para fijar los intereses bancarios y la Ley de Protección al Consumidor, los intereses en las ventas y servicios.

(1268) 3. *Los intereses moratorios*, que se deben a partir de la mora del deudor, que implica además del retardo culposo, la interpelación (Art. 1269 CC).

(1269) 4. *Los intereses compensatorios,* constituidos por la mayor suma que debe el deudor por el retardo en el cumplimiento, como en el caso del contrato de sociedad (excepción expresa del artículo 1269 CC) "el socio que se haya obligado a aportar una cantidad de dinero y no lo hiciere oportunamente, responderá de los intereses desde el día en que debió entregarla, y también de los daños y perjuicios si hubiere lugar a ellos" (Art. 1665 CC).

IV. LOS EFECTOS DE LA INFLACIÓN EN EL MAYOR DAÑO SUFRIDO POR EL ACREEDOR

1. El principio nominalista

(1270) En virtud del principio nominalista, consagrado en el artículo 1737 del Código Civil y en el artículos 76 al 89 de la Ley del Banco Central de Venezuela, la entrega de la misma cantidad de dinero estipulada es suficiente para cumplir con la obligación pecuniaria, para satisfacer el interés del acreedor. Dicho en otros términos, un bolívar es siempre un bolívar, independientemente de su valor de cambio.

2. El perjuicio del acreedor

(1271) Como consecuencia de la inflación, el acreedor se ve perjudicado al recibir la misma cantidad de dinero, pero con un valor de cambio mucho menor; por su parte, el deudor se ve beneficiado por el retardo en el cumplimiento de la obligación.

Cuando la inflación es leve no repercute mayormente en la ecuación económica entre acreedor y deudor. Entre nosotros, desde 1950 hasta principios de 1970 la inflación es leve; según el Índice General de Precios al Consumidor, establecido por el Banco Central de Venezuela, un bolívar de 1950 valdría Bs. 0,73 en 1970; una pérdida

del 3% anual. A partir de 1970 y especialmente después de 1975 se comienzan a sentir los efectos perniciosos de la inflación. El bolívar de 1950 vale Bs. 0.34 en 1980; Bs. 0,04 en 1990, y menos de un céntimo en 1998.

3. El daño mayor en ausencia de la limitación legal contenida en el artículo 1277

(1272) Para determinar si el acreedor ha sufrido un mayor daño, en exceso a los intereses moratorios, como consecuencia del retardo en el cumplimiento de la obligación en época de inflación, de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad, el acreedor deberá demostrar la culpa, el daño y la relación de causalidad.

La culpa del deudor es el retardo en el cumplimiento de la obligación dineraria, el daño es la pérdida concreta sufrida por el acreedor (daño emergente) o no haber podido incrementar su patrimonio (lucro cesante), como consecuencia del retardo en el cumplimiento de la obligación (relación de causalidad).

La depreciación no es el daño: este puede ser mayor o menor que la devaluación monetaria, porque de ello depende el destino que el acreedor le hubiera dado o podido dar al dinero recibido oportunamente. Como acertadamente afirma el Dr. Enrique Lagrange, la depreciación es un hecho objetivo que tiene solo "una potencial eficiencia dañosa", la depreciación en sí misma no es el daño, es "la ocasión" que puede producir el daño, cuando hay retardo en el cumplimiento. No hay una relación de causalidad entre la inflación o la devaluación monetaria, y el retardo en el cumplimiento de la obligación.

4. El mayor daño independientemente de la depreciación de la moneda

(1273) No hay equivalencia entre la depreciación de la moneda y el daño. El mayor daño está contemplado expresamente en el contrato

de sociedad con respecto al retardo de los aportes en dinero efectivo prometido por uno de los socios; pero si se admite la posibilidad de un mayor daño, hay otros casos en los cuales puede existir una relación de causalidad entre el retardo y el daño sufrido por el acreedor. Supongamos que ofrezco vender unas acciones con un descuento del 10% sobre el valor de mercado, precio pagadero al día siguiente, para invertir ese dinero en el pago de una deuda hipotecaria; habiendo sido ya intimado judicialmente para el pago. Del contrato de venta resulta expresamente que el motivo determinante de mi consentimiento es pagar oportunamente a mi acreedor hipotecario, y de ello está en cuenta la otra parte, por lo cual ese motivo entra a formar parte de la causa del contrato. Si el comprador no paga en el momento convenido, y careciendo yo de dinero para pagar la acreencia hipotecaria, el inmueble es rematado a un precio inferior al de mercado, como generalmente sucede en una ejecución.

El daño que he sufrido (gastos y costas del juicio, pérdida de la diferencia entre el valor de mercado del inmueble y el precio del remate) tienen su causa en la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de pagarme una suma de dinero. Pero no podría reclamar ese mayor daño, si el comprador de las acciones que no me pagó oportunamente, ni siquiera conocía el destino del precio de venta. No habría en este caso relación de causalidad entre el retardo y el daño.

El problema que se ha planteado la doctrina es si en vista de la limitación de los intereses moratorios a los convencionales, y en su defecto al interés legal del 3% anual, el acreedor podrá reclamar además el daño compensatorio que haya sufrido por el retardo del deudor.

V. NORMAS ESPECIALES

1. El artículo 108 del Código de Comercio

(1274) Dispone el citado artículo: "Las deudas mercantiles, de sumas de dinero devengan de pleno derecho el interés corriente en el

mercado, siempre que este no exceda del 12% anual". No existe ninguna disposición parecida en el Código Civil, no pudiendo extenderse sus efectos a las obligaciones civiles, por tratarse de una norma de excepción. Tiene como antecedente el artículo 41 del Código de Comercio italiano de 1882, según el cual las deudas comerciales líquidas y exigibles de sumas de dinero producen intereses de pleno derecho. La doctrina italiana, comenzando por Bolaffio, señaló la diferencia entre los intereses contemplados en esta disposición del Código de Comercio (intereses correspectivos), que se distinguen de los intereses moratorios. El interés correspectivo se devenga en todo débito comercial líquido y exigible; a diferencia de los intereses moratorios que requieren la mora del deudor. Ascarelli fundamentó dicha disposición legal, no solo en la natural fructuosidad del dinero, sino también en la imposibilidad del deudor de gozar gratuitamente de él y señalando que en materia mercantil existe una incompatibilidad entre la norma especial del Código de Comercio y el equivalente al 1277 del Código Civil nuestro, que se refiere a los intereses moratorios. Considera Lagrange, con toda la razón, que la opinión de la doctrina italiana es plenamente aplicable al derecho venezolano y que aun aceptando la tesis de la limitación del daño o el retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias al interés moratorio, en materia mercantil el Artículo 108 del Código de Comercio autoriza al acreedor para reclamar, además de los daños y perjuicios moratorios (a partir de la mora), el mayor daño consistente en los intereses compensatorios, al no ser esta interpretación incompatible con las normas contenidas en el Código Civil sobre la responsabilidad contractual. A nuestro juicio no puede dudarse que en materia mercantil, en el derecho venezolano, procede el pago del mayor daño, por constituir el artículo 108 del Código de Comercio una excepción a la que se refiere el artículo 1277 del Código Civil.

2. El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil

(1275) El parágrafo único del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, norma introducida en la reforma de 1986, dispone

que "las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando: 1. Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas; 2. maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa; 3. obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso". Esta norma ha pasado prácticamente desapercibida por la doctrina y la jurisprudencia venezolana.

Precisamente, el deudor de mala fe, es quien pretende aprovecharse de la depreciación monetaria esperada, pues aun cuando deberá pagar los intereses moratorios y eventualmente las costas del proceso, saldrá favorecido ya que el transcurso del considerable tiempo que normalmente en Venezuela dura un proceso judicial, le permitirán pagar su obligación con una moneda que represente una fracción del valor que tenía para el momento en que se hizo exigible.

Esta norma es parecida a la posición de la doctrina y la jurisprudencia francesa a partir de la reforma del artículo 1153 del Código Civil francés, por la ley de 1900, según la cual el deudor de mala fe está obligado a pagar un mayor daño al contemplado para los intereses moratorios.

El Dr. Ricardo Henríquez La Roche opina que en los supuestos del artículo 170 CPC antes transcrito "existe culpa y en la comisión de un hecho culposo, como es el abuso de los derechos y posibilidades que el proceso ofrece a los litigantes no puede ser expulgado por el propio abogado... de manera que puede devenir solidariamente responsable, es decir, por dolo, negligencia o abuso, Art. 1185 CC": Agrega "no vemos razones de carácter esencial para impedir que la indemnización se dilucide a continuación del fallo de cosa juzgada en el mismo expediente y ante el juez ejecutor tal como se prevé para los interdictos posesorios y las costas procesales", opinión que compartimos plenamente.

En cuanto al fundamento de la responsabilidad, deben hacerse ciertas distinciones: es evidente que si se trata de un proceso en el cual se discute la responsabilidad por hecho ilícito del demandado, o la responsabilidad del abogado en el caso de que se discuta una relación contractual, por no ser parte en el contrato que fundamenta la pretensión del demandante, estemos en presencia de responsabilidad extracontractual; si en el juicio se discute la responsabilidad derivada de un contrato, estamos en presencia de una responsabilidad contractual, porque en tal caso se dan los requisitos para que haya lugar a ella: existencia de un contrato, violación de una obligación contractual (pagar a tiempo), y que se viole un interés del acreedor (no ser pagado con una moneda depreciada), y existiendo dolo es evidente que el litigante de mala fe deberá responder por los daños imprevisibles para el momento de la celebración del contrato. En otro caso en el cual hay una excepción la limitación contenida en el artículo 1277 del Código Civil.

VI. La doctrina y la jurisprudencia venezolana a partir de 1987

1. La doctrina

A) La opinión del Dr. Melich (1969)

(1276) Cuando la depreciación monetaria comienza a causar un mayor daño al acreedor que no recibe el pago oportunamente, encontramos algunas opiniones sobre el particular, además de la opinión del Dr. Melich, formulada quince años antes, y a la cual nos hemos referido anteriormente, según la cual se debe distinguir entre el retardo culposo y la mora, lo que da lugar a poder fundamentar el mayor daño en la responsabilidad por retardo, independientemente de la mora del deudor.

B) La opinión del Dr. Nikken

(1277) El Dr. Pedro Nikken sostuvo que al caer en mora el deudor, éste sufre los riesgos de la cosa, en este caso de la moneda. Esta tesis debe ser desechada, por cuanto no puede hablarse de riesgo de la cosa, tratándose de una obligación genérica, y especialmente de una deuda pecuniaria, como atinadamente lo ha demostrado el Dr. Melich.

C) La opinión del Dr. Gramcko

(1278) El Dr. Luis Gramko hizo una interpretación inusitada el artículo 1737 del Código Civil, según la cual "en caso de aumento o disminución en el valor de la moneda, antes de que esté vencido el término de pago, el deudor debe devolver la cantidad dada en préstamo, y no está obligado a devolverla sino en monedas que tengan curso legal al tiempo del pago", "después de vencido el término del pago la regla que establece el principio de la nominalidad de las obligaciones pecuniarias, no es aplicable". "La depreciación de la moneda es y forma parte de la misma obligación ... lo que ocurre es que el deudor moroso asume el riesgo de la mengua del valor de la moneda" (pág. 43). "La moratoria en la deuda ... excluye la aplicación del principio nominalista" (pág. 99). Esto equivale a decir que uno de los efectos de la mora es convertir la obligación pecuniaria en una deuda de valor, lo que es contrario al efecto que el artículo 1277 CC le atribuye a la norma: el pago de intereses moratorios. Considerando que el juez puede fundar su decisión en las máximas de experiencia y siendo la inflación un hecho notorio, Gramcko sostiene que procede actualizar el monto del daño mediante la indexación.

D) Las ideas del Dr. Rodner

(1279) El Dr. James Rodner en sus diversos estudios sobre los efectos de la inflación y sus posibles correctivos ha destacado, entre otros, ciertos aspectos que debemos examinar:

a) La diferencia económica entre el interés nominal, la tasa que se aplica convencionalmente, o legalmente (el interés legal del 3% anual) y el interés real, que es el resultado de restar al interés nominal, la tasa esperada de inflación.

El interés real puede ser negativo (interés nominal menor a la tasa de inflación) o positivo (mayor que la tasa de inflación). Si suponemos un interés nominal del 50% anual, pero la tasa de inflación es del 100% anual, el interés real es negativo. El acreedor habrá perdido parte de su capital.

Suponiendo el mismo interés nominal del 50%, pero con una tasa de inflación del 40%, el interés real es del 10% anual. Estos son los verdaderos frutos, la verdadera productividad del dinero.

De allí concluye que el interés legal (del 3%) se refiere al interés real, el deudor deberá pagar además del interés legal, la tasa de inflación.

b) La posibilidad de prevenir convencionalmente el daño del retardo en el cumplimiento de la obligación pecuniaria mediante cláusulas de valor, pago en moneda extranjera, fijación convencional de un interés real, por no ser las normas contenidas en el artículo 1277 CC de orden público.

c) La eliminación de la indexación judicial, pues es mediante ella, se permite "que el juez acuerde indemnizaciones que sean superiores en muchos casos al daño sufrido por la víctima ... y se daría una discrecionalidad al juez que a nuestro juicio es peligrosa".

Nos adherimos plenamente a las ideas antes expresadas, que en nuestra opinión, son necesarias para un adecuado examen del problema planteado.

E) El análisis del Dr. Lagrange

(1280) El Dr. Enrique Lagrange hizo un profundo y extenso análisis titulado "Retardo en el Cumplimiento de Obligaciones Pecuniarias y Depreciaciones de la Moneda" publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Enero – abril

1994) y en la colección de exposiciones y conferencias, publicado por la Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Serie Eventos N° 9) en diciembre del mismo año.

En dicho estudio, el Dr. Lagrange examina exhaustivamente todas las cuestiones relativas al tema: el principio nominalista y la correcta interpretación del artículo 1737 CC, el alcance del artículo 1277 CC y sus antecedentes históricos, las opiniones de la doctrina venezolana, el artículo 108 del Código de Comercio, el resarcimiento del daño por depreciación monetaria y una crítica a las sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de septiembre de 1992 y del 17 de marzo de 1993.

En el curso de este capítulo haremos referencia a muchas de las ideas y conclusiones de dicho estudio.

Solo queremos destacar algunas de estas ideas en esta oportunidad.

El Dr. Enrique Lagrange, además de acoger la opinión del Dr, Melich agrega, como fundamento de la posibilidad de reclamar un mayor daño en caso de retardo en el cumplimiento de la obligación, el principio fundamental en materia de responsabilidad civil de la integridad del resarcimiento del daño, siguiendo la opinión de autores extranjeros, considera que la liquidación legal (daños y perjuicios moratorios) cubrirán el perjuicio abstracto y constante de los daños comunes, cuya ocurrencia presume la ley y respecto de los cuales releva al acreedor de la carga de producir prueba alguna, y el perjuicio concreto y variable que no habrá de ser resarcido sino a condición de que el acreedor pruebe, su existencia y su cuantía, como daño directo y previsible según las reglas generales de la responsabilidad civil contractual. Además, el adverbio "siempre", utilizado en el artículo 1277, debe ser entendido como significativo de "en todo caso" y no de "en todo caso y tan solo".

Nos adherimos plenamente a los argumentos del Dr. Lagrange, por lo cual hoy no nos queda ninguna duda, de que aun en materia

civil, es posible reclamar el mayor daño, siempre que se pruebe su consistencia y cuantía.

2. Los laudos arbitrales

(1281) En laudos arbitrales dictados a partir de 1987, se admitió el pago de mayores daños por el retardo en el cumplimiento de loa obligación. Así, en laudo del 19-2-87 se acogió la tesis del Dr. Melich, distinguiendo los efectos del retardo y la mora, dándole una interpretación restrictiva al artículo 1277 que establece los intereses moratorios como un mínimo de la indemnización a que tiene derecho el acreedor y volver a la aplicación de la norma general (Art. 1264 CC) cuando se hayan dado comprobados los extremos necesarios para reclamar los daños y perjuicios contractuales.

En laudos posteriores (1989, 1990 y 1993) en base a la interpretación del artículo 108 del Código de Comercio, se aceptó igualmente la procedencia de la indemnización del mayor daño por retardo en el cumplimiento de la obligación.

La doctrina emanada de los Tribunales de la República tomó un camino distinto para determinar el mayor daño causado por la inflación.

3. La jurisprudencia de casación

A) La sentencia del 30 de septiembre de 1992

(1282) En sentencia del 30 de septiembre de 1992 la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación acepta la original interpretación del artículo 1737 del Código Civil propuesta por el Dr. Gramcko en los siguientes términos:

> En efecto, la disposición citada consagra la hipótesis de que el aumento o disminución de la moneda, no incide ni influye en la obligación contraída si ocurre antes de que esté vencido el término de pago; empero por interpretación a contrario, si la

> variación en el valor de la moneda en que se va a pagar la obligación ocurre después de la fecha o tiempo establecido, es posible ajustar el equilibrio roto por el aumento o disminución en el poder adquisitivo de la misma... (lo que) abre la posibilidad de aplicar el método indexatorio aun en aquellos casos de deudas dinerarias, siempre que el deudor haya entrado en mora.

Pasando por alto los errados conceptos que contiene dicha sentencia sobre máximas de experiencia y que en el caso concreto no se trataba de una obligación pecuniaria, sino de la revaluación de un inmueble (un derecho real), ella aplica erradamente la posibilidad de interpretación por argumento a contrario, (partiendo de una excepción, se deduce una regla contraria a la expresada en la misma norma), y confunde una pacífica doctrina universal que distingue entre las obligaciones pecuniarias y las obligaciones de valor, no pudiendo estas adquirir tal naturaleza por el solo transcurso del tiempo.

Además, en ella se desconocen los principios que rigen la responsabilidad civil, según la cual, entre otras cosas, es necesario probar la consistencia y cuantía del daño sufrido por el acreedor.

Sin embargo, la doctrina establecida por dicha sentencia se ha convertido en la jurisprudencia aceptada por todos nuestros tribunales, criterio que ha sido ratificado por la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia en varios fallos posteriores.

Esta indexación automática de las obligaciones pecuniarias a partir de su vencimiento, además de carecer de fundamento legal, trae como consecuencia una mayor inflación, como toda indexación automática basada en índices generales de precio, y en muchos casos representa para el deudor tener que pagar un daño, cuya existencia y cuantía no está establecida en la ley. Además se presta a grandes confusiones sobre la posibilidad o no de acumular indexación más intereses de mora.

B) La sentencia del 17 de marzo de 1993

(1283) Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación en sentencia del 17 de marzo de 1993, declaró que por razones de orden público, los créditos por prestaciones sociales deben ser objeto de reevaluación automática en caso de depreciación monetaria y el juez debe ordenar de oficio el reajuste mediante la aplicación de los índices de inflación determinados por el Banco Central. Para ello se fundamenta en la semejanza entre las obligaciones de alimentos preceptuadas por el Código Civil y el salario y prestaciones sociales del trabajador. Es cierto que la doctrina ha considerado que la pensión alimentaria no es una deuda pecuniaria sino una deuda de valor, por ello sujeta a reajustes, no solo por razones de depreciación monetaria, sino también por cambio en las circunstancias económicas del deudor o del acreedor de la pensión. En cambio, ninguna disposición de la Ley del Trabajo permite concluir que el salario constituya una deuda de valor. Por el contrario, con respecto al salario mínimo, que pudiera ser asimilado a una obligación alimentaria, el artículo 67 de la LOT faculta al Ejecutivo Nacional

> para nombrar comisiones para considerar la conveniencia de fijar salarios mínimos obligatorios en la totalidad de las actividades laborales, o en determinada rama de ella en todo el país o en parte de él, tomando en cuenta las condiciones económicas imperantes y el costo de cubrir las necesidades vitales del trabajador y de su familia, y deberá solicitar la opinión de las organizaciones de patronos y de trabajadores de la industria o rama correspondiente, si lo hubiere.

Por consiguiente, lejos de establecer la LOT una indexación automática de los salarios, y ni siquiera del salario mínimo, (como se contempla en otros países), establece un mecanismo totalmente distinto y simplemente faculta al Ejecutivo Nacional para establecer tales salarios mínimos. En la práctica, la fijación del salario mínimo ha estado casi siempre por debajo de la depreciación monetaria.

Por otra parte, el artículo 108 de la LOT, al tratar sobre la indemnización por antigüedad, dispone que ella "irá siendo depositada cada año en una cuenta que será abierta a nombre del trabajador... y devengará intereses a una rata no menor de la que fija el Banco Central de Venezuela".

Por consiguiente, la Ley del Trabajo lejos de establecer una indexación, contempla el pago de intereses reales, intereses que vienen a reconocer el principio de la productividad del dinero, norma que puede ser interpretada como el establecimiento de una presunción legal de que en materia laboral, el daño por el retardo en el cumplimiento de la obligación, está constituido por el pago de tales intereses, y no de una indexación. Esto no excluye la indemnización de un mayor daño, pero el trabajador, siguiendo los principios generales de la responsabilidad civil, deberá probarlo.

VII. CONCLUSIONES

(1284) La interpretación de las normas legales debe hacerse de acuerdo a la realidad imperante en el momento de su aplicación. El cambio de circunstancias origina una interpretación actual de la norma que difiere de aquella que se hizo en el pasado. Un mismo texto puede tener distintos significados.

La palabra "siempre" contenida en el artículo 1277 CC debe interpretarse hoy en su acepción de "cuando menos" y no "en todo caso".

En el momento de la promulgación del Código Civil de 1942, Venezuela gozaba de una baja inflación, que perduró hasta la década de los sesenta, lo que explica la posición de la doctrina venezolana rechazando la posibilidad de un daño mayor.

Hoy en día se considera que el dinero es fructífero, no sólo en materia mercantil, sino en todos los campos del derecho, incluyendo el derecho laboral.

Debe dársele otro sentido al llamado interés legal del 3% anual, cuando la tasa prevaleciente en el mercado actual para los intereses pasivos bancarios es no menos del doce por ciento, aunque alcanzó niveles de hasta del cuarenta por ciento anual. Para el momento de la promulgación del Código Civil de 1942, la mayoría de los bancos no pagaban intereses sobre los saldos de las cuentas de ahorro, habiéndolo hecho a partir de la época de los 50 a una tasa del 3% anual hasta el comienzo de la década de los setenta. El tres por ciento anual representaba para 1942 un interés real, hoy tendría que estar en no menos de un quince por ciento (tasa de inflación esperada más 3%).

Debe distinguirse conforme lo ha demostrado el Dr. Melich, entre los intereses moratorios referidos en el artículo 1277 CC, que se producen a partir del retardo culposo calificado como mora, y los daños y perjuicios producidos por el simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones.

Como todo incumplimiento, el simple retardo se presume culposo, a menos que el deudor pruebe la causa extraña no imputable, que lo exime de responsabilidad.

Los intereses moratorios, en los cuales se presume el daño y su cuantía, constituyen el daño mínimo, reparable por el solo hecho de la mora, pero ello no excluye la posibilidad de reclamar mayores daños, siempre que se pruebe la culpa, el daño y la relación de causalidad.

En materia mercantil, no se aplica el artículo 1277 CC, por existir una norma especial, el artículo 108 C. Com, y se considera que al ser líquida y exigible cualquier suma de dinero, esto produce de pleno derecho los llamados intereses correspectivos, que son los únicos limitados al doce por ciento anual, lo que no excluye la posibilidad de reclamar un mayor daño cuando los intereses moratorios superen esa limitación (interés real menos el doce por ciento) u otros daños y perjuicios, siempre que se pruebe el daño y la relación de causalidad.

El mayor daño producido por el retardo derivado de la mala fe y temeridad en la defensa de una de las partes durante el proceso, deben ser resarcidos a la otra parte, incluyendo los retrasos por huelga

de los tribunales, tardanza en las decisiones, porque el dolo extiende la responsabilidad del deudor a los daños imprevisibles, pudiendo excluirse solo los retrasos que se deban a culpa de la parte inocente.

La depreciación de la moneda no constituye el daño, es la ocasión de la cual puede derivar un daño por retardo en el cumplimiento, es un hecho objetivo que tiene "una potencial eficiencia dañosa"; constituye ciertamente un hecho notorio, pero no una máxima de experiencia.

El nominalismo, a pesar de no constituir una norma de orden público, es un principio que transciende de la esfera del derecho, pues constituye una de las bases de la defensa de la estabilidad de la moneda y de los precios.

Las obligaciones pecuniarias no pueden convertirse automáticamente en deudas de valor por la mora del deudor, no cambian de naturaleza por ninguna circunstancia. Las deudas de valor lo son por su propia naturaleza (obligación alimentaria, indemnización por hecho ilícito) y se convierten en obligaciones pecuniarias cuando se fija su monto en la sentencia (o en la experticia complementaria, que forma parte del fallo) y por ende pueden producirse daños y perjuicios moratorios, y aun mayores daños, cuando fijado su monto en unidades monetarias, no son cumplidas oportunamente. Los intereses moratorios, y los mayores daños, son ajenos a las deudas de valor, mientras conservan tal naturaleza (hasta su fijación en un monto de dinero, por sentencia o por acuerdo entre las partes).

La indexación es más bien un método contable para comparar el costo en bolívares nominales con lo que se ha denominado bolívares constantes. De allí su aplicación en materia fiscal (con dudosos efectos). No constituye una máxima de experiencia; al no estar contemplada en ninguna norma jurídica, la llamada indexación judicial carece de base legal.

La interpretación del artículo 1737 del Código Civil hecha por la Sala de Casación Civil en la sentencia del 30 de septiembre de 1992, desarrollando las ideas del Dr. Gramcko en su obra "Inflación y

Sentencia" es evidentemente errónea, por desconocer los principios que rigen el nominalismo monetario y ser contraria a una interpretación constante y pacífica, tanto en la doctrina nacional como extranjera.

Los principios sobre la responsabilidad civil contenidos en el Código Civil, especialmente la obligación que tiene el deudor de reparar íntegramente el daño y una interpretación del artículo 1277 CC, tomando en consideración la realidad actual, son suficientes para admitir la posibilidad de exigir al deudor la reparación de un mayor daño (en exceso a los intereses moratorios) por el retardo en el cumplimiento de la obligación, con ocasión de la depreciación del dinero o por cualquier otra circunstancia.

De acuerdo con tales principios, el acreedor deberá probar la culpa, el daño, tanto su consistencia como su cuantía y la relación de causalidad.

De conformidad con los principios que rigen la carga de la prueba, se presume culposo el retardo en el cumplimiento, mientras el deudor no demuestre la causa extraña no imputable.

El juez puede, en base a presunciones hominis dar podría dar por probado el daño. Se presume que el buen padre de familia, en general la mayoría de las personas, mantendrán el dinero efectivo o la mayor parte, en cuentas productivas de intereses (bien sea las llamadas FAL o cuentas de ahorro), por lo cual el simple retardo en el cumplimiento de la obligación causa un daño al acreedor equivalente al monto de los intereses que hubiera producido el dinero menos los intereses moratorios causados. Es evidente que si los intereses convencionales, y por ende los moratorios, son mayores a los intereses bancarios pasivos, no existirá el mayor daño; solo en caso de ser estos mayores a los moratorios es que habrá un daño mayor.

Debe observarse que el punto de partida de los intereses moratorios es el día de la mora del deudor; los mayores daños se producen desde la fecha del simple retardo.

Si el acreedor reclama otros mayores daños, por ejemplo, la pérdida de una oportunidad (lucro cesante) o la pérdida de la propiedad

de una cosa (daño emergente), por no haber dispuesto del dinero necesario para pagar un gravamen, el juez debe ser riguroso en la apreciación de las pruebas sobre el daño y la relación de causalidad para evitar la manipulación del acreedor inescrupuloso que inventa daños difíciles de justificar, como lo había señalado la doctrina francesa anterior a la promulgación del Código Napoleón, como justificación de la limitación legal de los daños y perjuicios moratorios.

Esperamos que la casación venezolana abandone la teoría de la indexación judicial, que es solo una manera fácil y perjudicial de cuantificar el mayor daño que puede producir la inflación, por carecer de base legal y porque su aplicación puede conducir a resultados totalmente injustos, como cuando se pretende sumar la indexación a intereses reales, que ya incluyen los efectos de la inflación, o se indemniza un daño no sufrido (la inflación es mayor a los intereses pasivos bancarios), y no permite justificar la indemnización de un daño mayor que sea independiente de la depreciación.

BIBLIOGRAFÍA

De Page, H. Ob. Cit. Tomo III, Nº 107-P, pág. 137, N° 112, pág. 142, N° 465, pág. 443.

Giorgi, Jorge. Ob. Cit. Tomo II, Nº 131, págs. 191 a 193.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob Cit, Tomo VII, N° 876 a 882, págs. 189 a 194.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs. 363 – 363-D, págs. 636 a 655.

Melich Orsini, José. La Mora del Deudor en el Derecho Venezolano. Ob. Cit. En estudios de Derecho Civil, Tomo I, págs. 185 a 254.

Rodner, James. El Dinero, la inflación y las deudas de valor. Ob. Cit.

Zambrano Velasco, José Alberto. Ob. Cit. Págs. 329 a 335.

Messineo, F. Derecho Civil. Ob. Cit. Tomo IV, Cap. 115, Nºs 5, págs. 254 a 256, Cap. 119, N° 5, pág. 339.

Terré, F., Ob Cit. N° 581 a 585, págs. 476 a 480.

Varios Autores., Efectos de la Inflación en el Derecho. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Serie Eventos 9 – 1994.

Lagrange, Enrique., Retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda. En obra citada inmediatamente antes, págs. 313 a 377, y en Revistas de la Facultad de Derecho, UCAB. N° 49. Enero – Abril 1994, págs. 233 a 312.

Gramcko, Luis Angel., Inflación y Sentencia. Vadell Hermanos. Valencia 1992.

Nikken, Pedro., Mora e Inflación, en Revista de Derecho Público N° 43, Julio – Septiembre 1990, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Zannoni, Eduardo., Revaluación de Obligaciones Dinerarias. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1977.

Kummerov, Gert., La Dimensión del Delito Pecuniario en el Anteproyecto de Ley Sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Mercantiles. Secretaría del Senado de la República.

Kummerov, Gert., Esquema del Daño Contractual resarcible según el sistema normativo venezolano. Caracas, 1964.

Bolaffio, León. Bolaffio Rocco-Vivante. Derecho Comercial. Vol. III. De las Obligaciones Comerciales en General. Ediar, S.A. Editores. Buenos Aires 1947, N°s. 218 a 228, págs. 174 a 215.

Ricci, Francisco. Derecho Civil, Editorial Antalbe, Barcelona, Tomo XIII, N° 221, págs. 335 a 338.

Jacir, Miguel. Indexación Laboral. Revista de la Facultad de Derecho – UCAB, N° 50 – Septiembre 96, págs. 473 a 476.

JURISPRUDENCIA

La indexación como actualización del daño sufrido.

30-9-92 CSJ SCC – Efectos de la inflación en el Derecho. Ob. Cit., pág. 429

La indexación para reestablecer la lesión sufrida por el trabajador.

17-3-93 CSJ SCC -. Efectos de la inflación... Ob Cit., pág. 449.

La indexación en el contrato administrativo.

4-7-90 C 1° Cont. – Efectos de la inflación ... Ob Cit., pág. 461.

27-1-92 SPA – Efectos de la inflación. Ob Cit., pág. 483.

15-7-93 CSJ SPA – Efectos de la inflación. Ob Cit., pág. 513.

Reintegro de dinero es una obligación pecuniaria y no procede la indexación mientras no haya mora.

10-6-99 CICA. R & G, (1332-99), Tomo CLV, pág. 229.

Indexación del precio del inmueble a expropiar.

12-6-99 CICA R & G, (1353-99), Tomo CLV, pág. 278.

Transacción – Si no se ha previsto, no puede actualizarse.

16-6-99 CSJ SCC, R & G, (1417-99), Tomo CLV, pág. 403.

No se toma en cuenta el tiempo de los paros tribunalicios y de suspensión de la causa.

31-5-99 JSIV Trabaj: AM (999-99), Tomo CLIV, pág.

No puede considerarse daños y perjuicios la desvalorización ocurrida posteriormente al vencimiento de la obligación. La depreciación de la moneda forma parte de la misma obligación.

15-1-99 JS7CM R & G, (7-79), Tomo CL, págs. 32 y 33.

La indexación compensa los intereses que se han dejado de percibir.

5-9-99 CSJ SPA R & G, (2025-99), Tomo CLVIII, pág. 577.

El pago de los intereses de mora resulta implícito en la indemnización (capital + intereses), el pago de los intereses resulta inherente a toda deuda de valor.

11-9-99 CSJ SPA R & G, (2086-94), Tomo CLVIII, pág. 578.

La colocación de dinero a plazo fijo es lo que habría hecho un buen padre de familia.

17-12-99 CSJ SPA R & G (3061-99), Tomo CLX, pág. 533.

No son acumulables intereses de mora y actualización monetaria.

2-12-99 CSJ SPA R & G (3036-99), Tomo CLX, pág. 482.

Cuando se trata de "derechos privados y disponibles" la indexación debe ser solicitada en el libelo.

18-2-00 CSJ SCC R & G (237-00), Tomo CLXII, pág. 626.

No es necesaria experticia complementaria al fallo para determinar el monto de la condena por actualización monetaria.

24-2-00 TSJ CS R & G (291-00), Tomo CLXII, pág. 726

No procede en obligaciones asumidas en moneda extranjera.

11-3-00 CSJ SPA R & G (619-00), Tomo CLII, pág. 466.

Intereses compensatorios y moratorios. Son distintos conceptos.

6-4-00 TSJ CC R & G (802-00), Tomo CLXIV, pág. 555.

Capítulo 40
LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

SUMARIO

I. GENERALIDADES. 1. Autonomía de la voluntad y las limitaciones a la responsabilidad. 2. El consentimiento de la otra parte. 3. Cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad. A) El dolo del deudor. B) El mínimo contractual. C) Daño a la integridad física de una persona. D) Plazos de caducidad. E) Condiciones generales de contratación aprobadas por una autoridad administrativa. F) El hecho del dependiente. G) Culpa leve. 4. Las cláusulas abusivas. 5. La Ley de Protección al Consumidor. A) Generalidades y ámbito de aplicación. B) Derechos de los consumidores. C) Contratos de adhesión y condiciones generales de contratación. D) Otras regulaciones legales. 6. Fijación convencional de los daños y perjuicios. 7. Cláusulas de agravación del daño.- II. LA CLÁUSULA PENAL. 1. Concepto. 2. Diversas especies. A) La cláusula penal compensatoria. B) La cláusula penal moratoria. 3. Naturaleza. A) Medio de coacción. B) Regulación convencional de los daños y perjuicios. C) Inmutabilidad. D) Excepciones a la inmutabilidad de la cláusula penal. 4. Diferencias con otras instituciones. A) Fijación convencional de los daños y perjuicios. B) La condición. C) La obligación alternativa. D) La fianza. E) La cláusula penitencial. 5. Efectos de la cláusula penal. A) La causa extraña no imputable. B) La inmutabilidad. C) Obligación divisible. D) Obligación indivisible. 6. La cláusula penal moratoria es exigible por el simple retardo en el cumplimiento.- III. LAS ARRAS. 1. Concepto. 2. Diferencias con la cláusula penal. 3. Diversas especies.

I. GENERALIDADES

1. Autonomía de la voluntad y las limitaciones a la responsabilidad

(1285) Las reglas contenidas en el Código Civil sobre la responsabilidad contractual no son de orden público, por lo cual en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden limitar el monto de los daños y perjuicios, exonerar al deudor del cumplimiento de cláusulas accesorias, incrementar la responsabilidad del deudor, fijar el monto de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento, establecer cláusulas de caducidad o acortar los plazos de prescripción, establecer penalidades por el incumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, debe señalarse que esa libertad está restringida por razones, a veces de orden público, y otros que se derivan de la propia naturaleza del contrato.

Estas cláusulas contenidas generalmente en los contratos prerredactados y en forma usualmente impresa constituyen verdaderas "Condiciones Generales de contratación", que otras veces se encuentran en avisos, afiches en el establecimiento de quien impone dichas condiciones generales, en documentos protocolizados en el Registro público, comprobantes entregados al momento de recibir una cosa en depósito o para su reparación, impresos que frecuentemente son entregados con posterioridad a la otra parte. Nada impide que dichas cláusulas formen parte de un contrato paritario, discutido previamente por las partes, en cuyo caso no hay duda del consentimiento de las partes, pero ello no excluye que puedan ser inválidas.

2. El consentimiento de la otra parte

(1286) Es indudable que para tener efecto las cláusulas que limitan o regulan la responsabilidad contractual de una de las partes, es necesario que la otra parte las haya consentido, aceptado, porque en

caso contrario tales cláusulas accesorias no tendrán ningún efecto, por no haber consentimiento de una de las partes en relación a ellas.

Se consideran sin valor las cláusulas redactadas en forma confusa, ambigua o imprecisa, las contenidas en documentos ilegibles o difíciles de leer o comprender, y aquellas que de acuerdo con un criterio de buena fe, la otra parte no pudo conocer o no haya podido conocer observando la conducta de un buen padre de familia.

Es indiscutible que cláusulas de esta naturaleza contenidas en condiciones generales de contratación que alguna vez fueron publicadas en un periódico, o contenidas en algún documento protocolizado del cual ni siquiera se ha hecho referencia en el contrato individual respectivo, o contenidas en un cartel colocado por detrás de la puerta (como suelen hacerlo los hoteles), no producen ningún efecto, pues en tales casos no ha habido consentimiento. Quien pretenda establecer tales cláusulas mediante documentos o impresos que la otra parte difícilmente conocerá, falta a la obligación que le impone la buena fe a todos los contratantes de informar a su futura contraparte, no solo el contenido del contrato, sino también los riesgos que corre, los vicios que tenga la cosa y cualquier otra circunstancia que pueda afectarlo.

En cambio, si tales cláusulas están contenidas en documentos firmados por las partes, o en letreros que el usuario del servicio no pudo dejar de ver, por ejemplo un cartel muy visible a la entrada de un estacionamiento diciendo "No respondemos por objetos dejados en el vehículo", repetido en otro lugar del local, y en el comprobante que se le entrega al usuario en el momento de solicitar el servicio o de entregar el vehículo, puede considerarse que si ha habido aceptación, porque precisamente la persona que actúa de buena fe, el hombre normalmente diligente, se habrá enterado del contenido de tales limitaciones, cuando a simple vista pudo conocerlas, con lo cual hay una aceptación tácita.

Como se comprenderá, determinar si ha habido o no aceptación es una cuestión de hecho, en la cual habrán de tomarse en consideración todas las circunstancias que rodean el momento de la celebración del

contrato. El juez tiene plena facultad para establecer si ha habido o no aceptación, con los límites que le imponen las reglas sobre interpretación de los contratos y las máximas de experiencia.

3. Cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad

(1287) Hasta la primera mitad del siglo XX, la doctrina y la jurisprudencia francesa consideraron que el efecto de las cláusulas exonerativas de responsabilidad era solamente la inversión de la carga de la prueba: el acreedor debía probar la culpa, el daño y la relación de causalidad.

Hoy, la doctrina y la jurisprudencia aceptan la validez de cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad, siempre que la exoneración se refiera a culpa leve del deudor, pues en caso de dolo o de culpa grave, tales exoneraciones o limitaciones no tienen efecto.

A) El dolo del deudor

(1288) La doctrina y la jurisprudencia, especialmente francesa, es pacifica en cuanto a considerar nulas las cláusulas limitativas de responsabilidad en caso de dolo. En efecto, equivale a decir "me obligo, si quiero". Inclusive, encontramos en nuestro Código Civil una serie de normas en las cuales se establece su nulidad, por ejemplo, la contenida en el artículo 1506 del Código Civil en relación a la venta, "aunque se haya estipulado que el vendedor no queda obligado al saneamiento responderá sin embargo del que resulta de un hecho que le sea personal, toda convención contraria es nula".

En estos casos no se exige que exista intención de dañar (dolo propiamente dicho), se asimila la culpa grave al dolo, solo tienen efecto en caso de culpa leve.

B) El mínimo contractual

(1289) Tampoco es válida la exoneración en cuanto a lo que se ha denominado "el mínimo contractual", en virtud del cual la exoneración de responsabilidad en ningún caso puede afectar la esencia misma del contrato. Por ejemplo, si en un contrato de cuenta corriente bancaria, el banco pretendiera exonerarse de responsabilidad, aun en caso de no haber examinado la similitud entre la firma estampada en el cheque y la contenida en los registros del banco.

C) Daño a la integridad física de una persona

(1290) También se han considerado inválidas aquellas cláusulas en virtud de las cuales se exonera la responsabilidad a una de las partes por el daño causado a la integridad física de la otra parte.

D) Plazos de caducidad

(1291) Es perfectamente lícito establecer plazos de caducidad contractuales o acortar los plazos ordinarios de prescripción, porque con ello se evita la multiplicidad de los juicios, siempre que tales plazos sean razonables (6 meses, 1 año), son nulas las cláusulas que establezcan plazos exiguos (30 días), pues en la práctica impiden al deudor ejercer oportunamente las acciones derivadas del incumplimiento, violando así el derecho de defensa.

E) Condiciones generales de contratación aprobadas por una autoridad administrativa

(1292) En cuanto a las condiciones generales de contratación aprobadas por una autoridad competente (Superintendencia de Seguros, Comisión de Valores, CONATEL), es necesario preguntarse si tal aprobación es suficiente para la validez de las cláusulas contenidas en ellos. En principio, debe considerarse que la autoridad competente al

haberlas examinado y aprobado, ha examinado su racionalidad y su legalidad, por lo cual solamente cuando violen claramente el orden público, o sean injustificables, deben ser declaradas nulas por el juez.

F) El hecho del dependiente

(1293) Se discute si el contratante puede exonerarse o limitar su responsabilidad por el hecho del dependiente. Aun cuando el dependiente ejecuta total o parcialmente el contrato por cuenta de su principal, no puede desconocerse que su voluntad de cumplir o no, es su diligencia en el cumplimiento de la obligación es distinta a la del contratante de quien depende.

En el Código Civil Alemán se admite la exoneración del deudor por el dolo en que hubieren incurrido los representantes legales o sus auxiliares. En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia y doctrina belga, aun cuando no exista en su Código Civil ninguna norma sobre el particular. En cambio en Francia, en general se asimila el dolo del dependiente al del principal, en consecuencia no se admite la exoneración de responsabilidad por hecho del dependiente en virtud de una cláusula contractual, doctrina que a nuestro juicio es aplicable al derecho venezolano. De todas maneras, debe señalarse que hay casos en los cuales pareciera justificarse la distinción, como es el caso del transporte marítimo.

G) Culpa leve

(1294) En cuanto a las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad, por culpa leve del deudor, o de sus dependientes, aun cuando en la doctrina y jurisprudencia extranjera se discute en algunos casos su validez, predomina la tendencia a aceptarla, como también entre nosotros.

4. Las cláusulas abusivas

(1295) El conjunto de cláusulas que en alguna forma contrarían el orden público, o son irracionales, o pretenden ser impuestas subrepticiamente al adherente de un contrato, reciben en la doctrina el nombre genérico de cláusulas abusivas.

Estas han sido motivo de especial preocupación de la legislación extranjera. Así, el artículo 1341 del Código Civil italiano dispone: "Las condiciones generales del contrato predispuestas por uno de los contratantes son eficaces respecto del otro, si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o habría debido conocerlas utilizando la diligencia ordinaria. En todo caso, no tienen eficacia si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen a favor de aquel que las ha predispuesto límite de responsabilidad, facultad de rescindir unilateralmente el contrato o de suspender su ejecución o que sancionan a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial".

En Francia se dictó en 1978 una ley para regular las cláusulas abusivas en contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores en general. En la mayor parte de las legislaciones extranjeras, en cierta forma se han regulado las relaciones entre proveedores de bienes y servicios y consumidores no profesionales, por considerar que éstos no están en condición de rechazar tales cláusulas, se les considera débiles jurídicos.

5. La Ley de Protección al Consumidor

A) Generalidades y ámbito de aplicación

(1296) En 1974 se promulgó la Ley de Protección al Consumidor, reformada en 1992 y posteriormente por ley del 17 de mayo de 1995, vigente en la actualidad.

A nuestro juicio esta ley es bastante deficiente en su redacción y en algunos de sus preceptos; nos limitaremos aquí a señalar aquellas normas que de alguna manera influyen sobre las llamadas cláusulas abusivas.

Aun cuando la ley se aplica a los consumidores y usuarios (destinatarios finales de los servicios o adquisición de bienes), hay una serie de disposiciones que por constituir un simple reflejo de posiciones doctrinarias generalmente aceptadas, su aplicación puede extenderse a quienes no entren estrictamente dentro del campo de aplicación de dicha ley.

B) Derechos de los consumidores

(1297) El artículo 6° establece los derechos de los consumidores y usuarios, entre los cuales destacamos tres: a) la información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios con especificaciones de cantidades, peso, características, composición, calidad y precio que les permita elegir conforme a sus deseos y necesidades (lo que constituye una aplicación del principio de buena fe en la contratación), b) La obtención de compensaciones efectivas sobre la reparación de los daños y perjuicios (relacionados con el tema especifico de las cláusulas abusivas) y c) La protección contra la publicidad subliminal engañosa o abusiva; los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionen la libertad de elegir y las prácticas o cláusulas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios (que es otra manera de aplicar el principio de la buena fe que deben observar las partes en la celebración del contrato).

El artículo 7° impone una obligación a los proveedores de bienes y servicios "a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente", aceptación del llamado "mínimo contractual"; es decir, aquellas prestaciones que en determinados contratos no son susceptibles de una exclusión de responsabilidad.

La ley indica que los derechos de los consumidores y usuarios son irrenunciables dándole a sus normas un carácter de orden público.

C) Contratos de adhesión y condiciones generales de contratación

(1298) El capítulo segundo regula los "contratos de adhesión", que del contexto de la ley, parece referirse más bien a "Condiciones Generales de Contratación", estableciendo unas reglas en cuanto a la forma de tales contratos:

a) Serán redactados en términos claros e impresos en caracteres visibles y legibles que faciliten su comprensión por el consumidor (Art. 19).

b) Las cláusulas que en los contratos de adhesión implicaren limitaciones a los derechos patrimoniales del consumidor, deberán ser impresas en caracteres destacados que faciliten su inmediata y fácil comprensión.

c) En cuanto al fondo establece la nulidad de ciertas estipulaciones en dichos contratos (Art. 21), de las cuales destacamos: A) Hagan responsable al consumidor o al usuario por deficiencias, omisiones o errores del proveedor (lo que constituiría una inversión de la carga de la responsabilidad contractual). B) Priven al consumidor o al usuario de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio (es lo que junto con la doctrina hemos denominado el mínimo contractual).

Dicha ley constituye la consagración legislativa de principios generalmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia respecto de los contratos de la naturaleza señalada.

Ciertamente ha sido un avance en nuestra legislación, al haberse consagrado expresamente principios y limitaciones generalmente aceptados por la doctrina más autorizada y la jurisprudencia extranjera.

D) Otras regulaciones legales

(1299) En otras leyes especiales, se ha regulado algunas de las llamadas cláusulas abusivas, con respecto a los contratos materia de su especialidad: la Ley de Venta con Reserva de Dominio (Art. 13), Ley de propiedad Horizontal (Art. 35), Ley de Venta de Parcelas (Art. 35), Ley Orgánica de ordenación Urbanística (Art. 101), Ley de Ferrocarriles (Art. 3), Ley de Aviación Civil (Art. 46), Ley del Trabajo (Arts. 567, 571 y 572).

6. Fijación convencional de los daños y perjuicios

(1300) Encontramos algunas leyes que fijan el monto de los daños y perjuicios compensatorios: (Ley de Aviación Civil (Art. 48), Ley Orgánica del Trabajo (Arts. 573 y 574). Ver supra N° 372).

Las cláusulas limitativas de la responsabilidad fijan un monto máximo de la indemnización en caso de incumplimiento del contrato o de alguna de sus cláusulas accesorias; las cláusulas de fijación convencional de los daños y perjuicios, establecen un monto determinado; es decir cuantifican el daño causado por el incumplimiento. Este monto es independiente de la culpa del deudor, o del valor de la prestación (las cosas contenidas en un bulto, o del daño causado por el retardo en la entrega). El daño efectivamente puede ser mayor o menor; pero el deudor responde por una suma fija y determinada.

De la misma especie son la cláusula penal y las arras, aun cuando veremos pueden diferenciarse las tres especies: fijación convencional del monto de los daños y perjuicios; cláusula penal y arras.

7. Cláusulas de agravación del daño

(1301) De la misma manera que puede limitarse el monto de los daños y perjuicios, el deudor puede asumir la responsabilidad en caso de incumplimiento por causa extraña no imputable (Art. 1727 CC. El comodatario responde del caso fortuito:... 4°) Cuando expresamente se ha hecho responsable del caso fortuito". Art. 1344 CC: Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los daños y perjuicios...").

II. La cláusula penal

1. Concepto

(1302) La cláusula penal es una obligación o estipulación accesoria, mediante la cual las partes disponen que en caso de inejecución de la obligación, o de retardo en la ejecución, el deudor se compromete a cumplir una determinada prestación de dar o de hacer. La prestación puede consistir en el pago de una suma de dinero, o en una prestación de dar (entrega en propiedad de una cosa) o de hacer.

El artículo 1257 del Código Civil dispone: "Hay obligación con cláusula penal cuando el deudor, para asegurar el cumplimiento de la obligación, se compromete a dar o hacer alguna cosa para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento". El artículo 1258 añade: "La cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal. El acreedor no puede reclamar a un mismo tiempo la cosa principal y la pena, si no la hubiere estipulado por el simple retardo".

2. Diversas especies

(1303) Del artículo 1257 CC se desprende que hay dos clases de cláusula penal:

A) *La cláusula penal compensatoria*, que como su nombre lo indica, es aquella destinada a resarcir al acreedor por el incumplimiento definitivo, total o parcial, de la obligación y por lo tanto no puede pedirse su ejecución junto con el cumplimiento de la obligación principal.

B) *La cláusula penal moratoria*, que es la indemnización debida por el deudor en los casos de retardo en el cumplimiento de la obligación, y por lo tanto, su ejecución puede ser pedida junto con el cumplimiento de la obligación principal.

3. Naturaleza

A) Medio de coacción

(1304) La cláusula penal es, principalmente, un medio de coacción contra el deudor; como dice el artículo 1257 CC "para asegurar el cumplimiento de la obligación". El deudor para evitar el pago de la cláusula penal, especialmente cuando ella es mucho mayor que los daños y perjuicios que producirían el incumplimiento de la obligación principal, se ve constreñido a ejecutar la obligación. Podemos afirmar que esta es la finalidad principal de la cláusula penal.

B) Regulación convencional de los daños y perjuicios

(1305) La cláusula penal también es una regulación convencional de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación o de su retardo, como lo expresa el artículo 1258 CC. La diferencia fundamental con la fijación convencional de los daños y perjuicios, es que en esta, por ser una compensación de los mismos, será siempre en dinero efectivo, que es el equivalente mediante el cual el deudor satisface al acreedor en caso de incumplimiento. La cláusula penal puede consistir en el pago de una suma de dinero o de cualquier prestación de hacer. Además, la fijación convencional de los daños y perjuicios no tiene como finalidad constreñir al deudor al cumplimien-

to, es solo como su nombre lo indica, una liquidación anticipada del monto de la reparación debida en caso de incumplimiento.

Siendo una indemnización sustitutiva de los daños y perjuicios, presenta algunos de los elementos inherentes a estos:

a) Procede en los casos de incumplimiento culposo o de retardo culposo en el cumplimiento. El deudor tendrá que probar la causa extraña no imputable para quedar liberado de la cláusula penal.

b) No puede pedirse al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la cláusula penal, porque esta constituye un pago por equivalente.

c) En caso de mora, lo mismo que sucede en ausencia de una cláusula penal, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación principal y la cláusula penal moratoria, por el simple retardo en la ejecución de la obligación.

d) La cláusula penal, como la fijación convencional de los daños y perjuicios, puede estar combinada con una cláusula de asunción de los riesgos por parte del deudor, lo que impide que éste pueda alegar la causa extraña no imputable por el incumplimiento de la obligación.

e) La cláusula penal puede estar referida al incumplimiento total de la obligación o a su cumplimiento inexacto.

f) La cláusula penal es una obligación o prestación de carácter accesorio, depende de una obligación principal, no teniendo valor propio independientemente de ella. Como consecuencia de este carácter accesorio sigue la suerte de la obligación principal. La cláusula penal es ineficiente cuando la obligación principal es una obligación natural, cuyo cumplimiento coactivo no puede exigirse. Si la obligación es nula o anulable, también se extingue la cláusula penal. Sin embargo, la situación inversa no es cierta, porque la extensión o nulidad de la cláusula penal no afecta en nada a la obligación principal, la cual conserva toda su validez.

C) La inmutabilidad

(1306) La cláusula penal es inmutable, presenta o reviste un carácter fijo, de manera que el acreedor no puede pretender exigir al deudor una cantidad o prestación mayor que la convenida en la cláusula, ni tampoco el deudor pretender liberarse de ella entregando una cantidad o ejecutando una prestación de menor valor que la fijada en la cláusula penal. La cláusula penal puede irrisoria o exagerada, pero por su carácter inmutable, ella no puede ser modificada en su monto por el juez. No existe en nuestra legislación ninguna norma que permita al juez suprimir los efectos de la cláusula penal, en virtud del principio de la intangibilidad del contrato (Art. 1159 CC), así sea una cláusula abusiva, a menos que ella viole el orden público.

En la legislación extranjera (Código Civil alemán, Código Federal Suizo de las Obligaciones, Código Civil italiano vigente) si existen normas que contemplan esta situación. En nuestra legislación existen casos previstos en leyes especiales, que permiten al juez reducir el monto de la cláusula penal en determinados contratos (Ley de Venta con Reserva de Dominio Art. 14; Ley de Propiedad Horizontal Arts. 35 y 36; Ley de Venta de Parcelas Arts. 35 y 36).

En Francia la situación fue idéntica hasta 1975, cuando se reformó el artículo 1152 del Código Napoleón, que permite al juez moderar o aumentar la pena convenida, si ella es manifiestamente excesiva o irrisoria.

D) Excepciones a la inmutabilidad de la cláusula penal

(1307) a) En los casos de incumplimiento parcial de la obligación penal el artículo 1260 CC dispone: "La pena puede disminuirse por la autoridad judicial cuando la obligación principal se haya ejecutado en parte".

b) No siendo una materia en la cual esté interesado el orden público, las partes pueden convenir en modificar el monto de la cláusula penal, antes o después del incumplimiento.

Cabe advertir que en Francia, antes de la reforma de 1975, se discutió en la doctrina la posibilidad de reducir el monto de la cláusula penal, en base a los conceptos de causa ilícita, causa falsa, fraude a la ley, lesión, abuso de derecho, tesis que no tuvieron ninguna acogida en la jurisprudencia.

En cambio, cuando la cláusula penal es irrisoria con respecto al daño causado por el incumplimiento del deudor, la casación francesa dándole el mismo tratamiento que a la limitación de los daños y perjuicios, excluyó su validez en caso de dolo.

c) La cláusula penal tiene un carácter potestativo para el acreedor, quien puede pedir la ejecución de la obligación principal en lugar de la pena estipulada, siguiendo los principios generales que rigen las consecuencias del incumplimiento del deudor, expresando el artículo 1259 CC "el acreedor puede pedir al deudor que esté constituido en mora, la ejecución de la obligación principal en lugar de la pena estipulada". En tal caso, el deudor no puede pretender liberarse cumpliendo la pena, sino que quedará obligado al cumplimiento de la obligación principal.

4. Diferencias con otras instituciones

A) Fijación convencional de los daños y perjuicios

(1308) Ya hemos visto su diferencia con la fijación convencional de los daños y perjuicios, en la cual simplemente las partes fijan anticipadamente el monto de la reparación; y aun cuando la cláusula penal persiga esa misma finalidad, la principal es coaccionar al deudor al cumplimiento para evitar el pago de la cláusula penal. Además, la pena puede consistir en el pago de una suma de dinero, o cualquier otra prestación de hacer (entrega de una cosa), en cambio en la fijación convencional de los daños y perjuicios consiste siempre en el pago de una suma de dinero.

B) La condición

(1309) Algunos autores pretenden asimilar la cláusula penal a una obligación condicional, pero esta suspende la existencia de la obligación hasta que se cumpla el hecho incierto del cual depende. La cláusula penal existe y tiene plena eficacia desde la celebración del contrato. Ocurrido el incumplimiento, que evidentemente es un hecho incierto, el acreedor tiene la potestad de exigir el cumplimiento de la obligación o de la cláusula penal. Ambas obligaciones coexisten.

C) La obligación alternativa

(1310) También se la asimila a una obligación alternativa, que supone una sola obligación con dos o más objetos, y si no se ha pactado que la elección corresponda al acreedor, el deudor se libera con la entrega de cualquiera de los objetos que están en la obligación. En cambio, la cláusula penal supone la existencia de una obligación principal, y una obligación accesoria que "asegura" en cierta forma el cumplimiento de esa obligación principal. En la obligación alternativa, la nulidad de una de las prestaciones, no impide la ejecución de la otra; en cambio, la nulidad de la obligación principal acarrea necesariamente la nulidad de la cláusula penal, por su carácter accesorio.

Tampoco puede confundírsela con la obligación facultativa, en la cual el deudor tiene la facultad de liberarse mediante el cumplimiento de una u otra de las prestaciones, en cambio, esa elección corresponde exclusivamente al acreedor de la obligación con cláusula penal.

D) La fianza

(1311) Tampoco puede confundirse con la fianza. Cuando se dice que la cláusula penal "garantiza" el cumplimiento de la obligación, no se está utilizando el término en su sentido técnico, sino más bien su acepción en el lenguaje vulgar. De ello se desprende, que cuando

la cláusula penal garantiza el hecho del tercero (Art. 1165 CC), y este no cumple lo prometido por el deudor, el acreedor no tiene una acción de regreso contra el tercero (Art. 1821 CC) y por la naturaleza misma de la cláusula penal, esta puede ser mayor que el valor de la prestación o hecho del tercero, lo que no es posible tratándose de un fianza (Art. 1806 CC).

E) La cláusula penitencial

(1312) En la doctrina se conoce como cláusula penitencial, o multa penitencial, cuando una de las partes se reserva el derecho de revocar el contrato por su sola voluntad, mediante el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de una prestación de hacer. La cláusula penitencial es más bien una contraprestación a la facultad de revocar el contrato.

5. Efectos de la cláusula penal

A) La causa extraña no imputable

(1313) La cláusula penal es la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento culposo del deudor. La causa extraña no imputable, al impedir la responsabilidad del deudor, hace ineficaz la cláusula penal, a menos que el deudor haya asumido los riesgos del contrato.

B) La inmutabilidad

(1314) La cláusula penal consiste en una suma, indemnización o prestación fija, que no puede ser aumentada por el acreedor, ni disminuida por el deudor ni por el juez, aun cuando la considere abusiva o exagerada, o irrisoria o insignificante, el juez solo puede disminuirla en caso de incumplimiento parcial (Art. 1260 CC).

C) Obligación divisible

(1315) Cuando la obligación principal es divisible, en caso de muerte del deudor solo incurre en la pena el heredero que no haya cumplido con la obligación principal y solo por la parte que le corresponda cumplir en dicha obligación, sin que el acreedor pueda obrar contra los que han cumplido, a menos que habiéndose contraido a la cláusula penal para que no pueda hacerse parcialmente el pago, un coheredero haya impedido que se cumpla totalmente, caso en el cual dicho coheredero quedará obligado a pagar la pena íntegra. En caso de que el acreedor prefiera exigirle a cada coheredero su porción correspondiente, cada uno de estos tiene acción de regreso contra el coheredero por cuya culpa se ha incurrido en la pena (Art. 1262 CC).

D) Obligación indivisible

(1316) Cuando la obligación principal contraida con cláusula penal es indivisible, en caso de contravención de uno solo de los herederos, el acreedor puede exigir la pena íntegra al contraventor, o exigirle a cada uno de los herederos su parte proporcional, sin perjuicio del recurso contra aquel por cuyo hecho se incurrió en la pena (Art. 1261 CC).

6. La cláusula penal moratoria es exigible por el simple retardo en el cumplimiento

(1317) Se puede tratar de una suma fija, al ocurrir el retardo en el cumplimiento, o de una suma por cada día de retardo, o una combinación de ambas.

La cláusula penal no está sometida a las limitaciones legales en relación a determinadas prestaciones. Sabemos que el decreto contra la usura, limita el interés en los préstamos civiles al uno por ciento mensual y en todo caso el Código Civil, cuando exceda de una mitad de lo que se probare haber sido el interés corriente al tiempo de la

convención, caso en el cual será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicita el deudor (Art. 1746 CC); así como en el caso de los inmuebles sujetos a regulación de la pensión de arrendamiento.

Nada impide que la cláusula penal exceda en su monto a dichas limitaciones, porque ella es un medio de conminar al deudor al cumplimiento exacto de la obligación, a menos que se pruebe que mediante el artificio de una cláusula penal se esté simulando la prestación debida. Así lo tiene decidido la casación francesa, doctrina que acogemos plenamente.

III. Las arras

1. Concepto

(1318) Otra forma de regular convencionalmente el monto de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual es mediante las arras.

El artículo 1263 CC dispone:

> A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios para el caso de contravención. Si la parte que no ha incurrido en culpa no prefiere exigir el cumplimiento de la convención, puede retener las arras que haya recibido o exigir el doble de las que haya dado.

La doctrina considera que las arras constituyen un contrato real, pues para su perfeccionamiento es necesaria la entrega del dinero, entrega de una cosa; la promesa de entregarlo, se confundiría con una cláusula penal.

2. Diferencias con la cláusula penal

(1319) Las arras tienen una gran similitud con la cláusula penal, pues además de fijar el monto de los daños y perjuicios en caso de contravención o incumplimiento inexacto del contrato, constituyen un medio para constreñir al deudor al cumplimiento de su obligación, y el acreedor tiene la alternativa entre exigir el cumplimiento de la obligación o quedarse con las arras, si es que las ha recibido, o exigir el duplo, cuando el acreedor es quien las ha entregado.

En la cláusula penal el deudor se obliga a entregar o hacer una cosa, en caso de incumplimiento; en las arras, el deudor debe entregar en el momento de la celebración del contrato, o con anterioridad, una cantidad de dinero. De tal manera el acreedor tiene en sus manos la garantía en caso de contravención del contrato, no requiere de la intervención judicial para exigir su entrega.

Otra diferencia está en el objeto de la cláusula penal y de las arras; en las primeras puede ser una obligación de dar o de hacer, en las arras una suma de dinero o cosas fungibles. Las arras solo se conciben en los contratos bilaterales, la cláusula penal puede ser accesoria de cualquier obligación. Las arras se refieren al incumplimiento total de la obligación, no proceden en caso de simple retardo, como la cláusula penal moratoria.

3. Diversas especies

(1320) Las arras pueden ser de dos especies:

a) Las arras confirmatorias, en cuyo caso al cumplirse la obligación de quien las recibió deberá devolverlas o imputarlas al precio.

b) Las arras penitenciales, en cuyo caso constituyen una suma que una de las partes da a la otra, para poder desistir del contrato preliminar, y en consecuencia no celebrar el contrato definitivo. Esta se diferencia de la multa penitencial, que consiste en una prestación

que una de las partes, o ambas, pagará a la otra en caso de desistir o revocar el contrato ya celebrado.

De la misma manera que en la cláusula penal, si el incumplimiento se debe a una causa extraña no imputable, quien las recibió debe devolverlas a la otra parte; como tampoco puede la otra exigir el doble de lo que ha entregado. Es una simple aplicación de uno de los principios de la responsabilidad civil contractual; la causa extraña no imputable es un impedimento para que haya lugar a ella.

Bibliografía

De Page, H. Ob. Cit. Tomo III, Nºs 117 a 127, págs. 145 a 157.

Giorgi, Jorge. Ob. Cit. Tomo IV, Nº 448 al N° 470, págs. 461 a 504.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo VII, Nºs 866 a 875, págs. 178 a 189 y N° 848 a 858, págs. 161 a 170.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Arts. 1250 a 1268, págs. 143 a 313.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs 342 a 355, págs. 519 a 589.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit. Título LII, págs. 280 a 282.

Messineo, F. Derecho Civil y Comercial. Ob. Cit. Tomo IV, CAP. 133, Nº 16 al 18, págs. 445 a 450.

Starck, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 1791 a 1893, págs. 627 a 662.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 586 a 607, págs. 480 a 501.

Stiglitz, Gabriel., Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios. Ediciones La Rocca –Buenos Aires – 1994.

Viney Genevieve & Jourdan Patrice. Les Conditions de la Responsabilite. Ob. Cit. N°s. 495, 604, 607, 620, 782, 787, 837a 839.

Vegas Rolando, Nicolás., Estudios Sobre Contratos en el Derecho Venezolano. Ediciones Fabreton, Caracas, 1973, págs. 32 a 35, 133 a 138, 168 a 178.

Kummerov, Gert., La Función Resarcitoria de las Arras. Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del D.F. Caracas. 1961, N° 11, págs. 9 y sgtes.

JURISPRUDENCIA

La cláusula penal no puede ser indexada.

Las partes limitan su responsabilidad por el incumplimiento de la obligación.

12-3-99 JS9° CMT AMC R & G (427-99), Tomo CLII, pág. 44.

La cláusula penal y la limitación de los intereses moratorios.

17-01-77 JS5° CMDF R & G (23-77), Tomo LV, págs. 61/64.

3-6-80 JS10° CMDF R & G (225-80), Tomo LXXIX, págs. 167/168.

7-3-85 JS9° CMDF R & G (66-85), Tomo XL, págs. 160/162.

Impugnación de la validez

7-8-72 JS CMDF R & G (318-72), Tomo XXV, págs. 54/55.

28-7-75 JS5° CMDF R & G (304-75), Tomo XLVIII, págs. 75/79.

Capítulo 41
TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO BILATERAL
LA TEORÍA DE LOS RIESGOS

SUMARIO

I. INSTITUCIONES APLICABLES A LOS CONTRATOS BILATERALES.- II. CONCEPTO. 1. La cuestión de los riesgos del contrato. 2. Los riesgos de los contratos unilaterales. 3. La teoría de los riesgos en los contratos bilaterales. 4. La exclusión de los riesgos en relación a las obligaciones que tienen por objeto un género.- III. LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS BILATERALES NO TRASLATIVOS DE PROPIEDAD.- IV. EFECTOS DE LOS RIESGOS DEL CONTRATO EN LOS CONTRATOS NO TRASLATIVOS DE PROPIEDAD.- V. LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS BILATERALES TRASLATIVOS DE PROPIEDAD.- 1. Derecho romano. 2. Código Napoleón. 3. Fundamento de la regla *res perit domino*. 4. La transferencia de la propiedad como efecto del consentimiento. A) Los contratos con inmediata eficacia real. B) Los contratos obligatorios. VI. EL ORDEN PÚBLICO NO ESTÁ INTERESADO EN LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS.- VII. EXISTENCIA DE UN TÉRMINO. VIII. LA OBLIGACIÓN CONDICIONAL.-

I. Instituciones aplicables a los contratos bilaterales o sinalagmáticos

(1321) Al tratar sobre la clasificación de los contratos dijimos que, según nacieran o no obligaciones para ambas partes contratantes,

estos se clasifican en unilaterales, en los cuales solo surgen obligaciones para una de las partes y bilaterales, cuando cada parte es a su vez acreedora y deudora de una prestación a favor de la otra parte.

La mayoría de los contratos, nominados e innominados, son bilaterales. En la práctica son también los más frecuentes. Decíamos que la característica esencial del contrato bilateral, es que ambas partes son *recíprocamente* deudoras, y así lo establece el artículo 1134 CC (El contrato es bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente). Esta redacción viene con ligeras variantes, que no alteran su significado, desde nuestro primer Código Civil (1862), el Código Civil italiano de 1865 y en el promulgado en 1942 se varía ligeramente la redacción; pero se destaca la reciprocidad como nota distintiva (Art. 1453 CC italiano de 1942).

Se quiere así destacar el lazo de interdependencia de las obligaciones recíprocas(MARTY), de la reciprocidad de las obligaciones (PLANIOL), de la existencia de un nexo lógico especial de obligaciones que nacen coetáneamente (MESSINEO) a la celebración del contrato. Para los neocausalistas (CAPITANT) no solo hay un sinalagma genético, es decir en el momento del nacimiento del contrato, sino que perdura durante su ejecución (sinalagma funcional).

A través de estos conceptos y del principio de la buena fe en la ejecución de los contratos y la equidad, la doctrina explica tres instituciones típicas y exclusivas de los contratos sinalagmáticos o bilaterales:

1° La teoría de los riesgos que estudia las consecuencias de la imposibilidad de cumplimiento por causa extraña no imputable de la obligación de una de las partes sobre la obligación recíproca.

2° La acción resolutoria que permite a la parte inocente solicitar la extinción de sus obligaciones, y el pago de los daños y perjuicios, ante el incumplimiento culposo de la otra parte (Art. 1167 CC).

3° La excepción de incumplimiento o non adimpleti contractus, que le permite al demandado suspender temporalmente el cumplimiento

de su obligación mientras el actor no haya cumplido con la obligación correspectiva o recíproca.

II. CONCEPTO

1. La cuestión de los riesgos del contrato

(1322) En los contratos bilaterales se plantea un problema cuando una de las partes no puede cumplir su obligación por una causa extraña no imputable, ya que hay que determinar si la obligación correlativa subsiste o no. En otras palabras, si el deudor de la obligación que se ha liberado de ella al haber incumplido por una causa extraña no imputable, obtendrá o no la ventaja que esperaba del contrato.

La extinción de la obligación incumplida por causa extraña no imputable es un problema de responsabilidad civil; los riesgos se refieren a la ventaja que una de las partes obtendrá o no del contrato incumplido.

En el contrato de arrendamiento, si la cosa perece por causa extraña no imputable, el arrendador queda liberado de su obligación de hacer gozar de la cosa al arrendatario. La cuestión de los riesgos es determinar si el arrendador, deudor de la obligación que se ha extinguido como consecuencia de una causa extraña no imputable, tendrá derecho o no a recibir el canon de arrendamiento, que es la ventaja que esperaba obtener del contrato.

Se habla entonces de riesgo del contrato, porque se trata de determinar si el deudor de la obligación extinguida por causa extraña no imputable, corre el peligro de sufrir la pérdida de las ventajas que le procuraría el contrato.

No se trata de determinar quien corre con los riesgos de la cosa que ha perecido por una causa extraña no imputable. Este riesgo es indudablemente del propietario. El arrendador, si es propietario perderá la cosa, pero si es un subarrendador, no perderá el valor de la cosa, pero si puede sufrir el riesgo del contrato.

2. Los riesgos en los contratos unilaterales

(1323) En los contratos unilaterales no se plantea ningún problema en relación al riesgo del contrato. Al haber una sola parte que contrae una obligación, si esta se extingue por causa extraña no imputable, el acreedor correrá con el riesgo del contrato. En todos los contratos unilaterales, inclusive en los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos, la solución es siempre la misma. El acreedor de la obligación incumplida por causa extraña no imputable correrá siempre con el riesgo del contrato; no obtendrá la ventaja esperada. El depositante, el comodante, no recibirán la cosa objeto del mismo; el acreedor de esa obligación sufrirá el riesgo del contrato.

3. La teoría de los riesgos en los contratos bilaterales

(1324) En cambio, en el contrato bilateral, habiendo obligaciones recíprocas, el incumplimiento por causa extraña no imputable exonera al deudor, se extingue su obligación; pero habrá que determinar si el deudor podrá o no exigir el cumplimiento de la obligación recíproca, si perderá o no la ventaja que le procura el contrato.

En el Código Civil venezolano vigente, como en el Código Civil francés y el Código italiano de 1865, no existe ninguna norma general que resuelva este problema; solo existen normas particulares para ciertos contratos. El artículo 1588 CC dispone: "Si durante el arrendamiento perece totalmente la cosa arrendada, queda resuelto el contrato.... en ninguno de los dos casos se debe indemnización, si la cosa ha perecido por caso fortuito". Al perecer la cosa arrendada por causa extraña no imputable, se extingue no solo la obligación del arrendador, sino también la del arrendatario, pues el contrato queda extinguido.

El artículo 1675 CC dispone: "Si uno de los socios ha prometido poner en común la propiedad de una cosa, y este perece antes de haber sido realmente aportada, la sociedad queda disuelta respecto de todos los socios". Dicho en otros términos, se extinguen todas las obligaciones nacidas del contrato.

Ha sido de estas normas particulares que la doctrina ha elaborado la teoría de los riesgos y se denomina así al no existir una norma legal que resuelva el problema respecto de todos los contratos bilaterales. Ha sido la doctrina la que se ha encargado de establecer las reglas correspondientes.

El riesgo del contrato es precisamente el peligro que tiene una de las partes en un contrato bilateral de no obtener la ventaja que esperaba del contrato.

4. La exclusión de los riesgos en relación a las obligaciones que tienen por objeto un género

(1325) En las obligaciones que tienen por objeto una cosa genérica, no puede haber incumplimiento absoluto de la obligación, porque el género no perece y en consecuencia el deudor siempre podrá obtener la cosa para cumplir con la obligación, aun cuando en su patrimonio no lo hubiere. Solamente pudiera plantearse el problema en relación a los géneros limitados; por ejemplo, monedas de oro acuñadas en determinado año.

El mutuario siempre estará obligado a restituir las cosas de la misma calidad y en la misma cantidad de las que recibió (Art. 1744 CC) y "a falta de esto está obligado a pagar su valor en el tiempo y en el lugar en que según el contrato debía hacer la restitución".

III. LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS BILATERALES NO TRASLATIVOS DE PROPIEDAD

(1326) Tradicionalmente la doctrina ha distinguido entre los contratos traslativos y los contratos no traslativos, aun cuando algunos autores consideran que la regla aplicable a estos últimos es una norma general.

De las normas contenidas en los artículos 1588 y 1675 del Código Civil venezolano, la doctrina ha formulado una regla general para los contratos no traslativos de propiedad. En los contratos bilaterales no

traslativos de propiedad, si la obligación de una de las partes se extingue por causa extraña no imputable, la obligación de la otra parte queda igualmente extinguida y el deudor de la obligación extinguida no recibirá la ventaja esperada.

Se dice entonces que los riesgos los corre el deudor de la obligación que se ha extinguido por causa extraña no imputable (*res perit debitoris*). Para abreviar se dice: Los riesgos los corre el deudor.

Esta solución se justifica por la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones en el contrato bilateral. En efecto, al extinguirse la obligación de una de las partes, la consecuencia es que también se extingue la obligación recíproca de la otra parte. Para los partidarios de la teoría neocausalista se explica, porque siendo la causa de la obligación de una de las partes el cumplimiento de la obligación recíproca, al extinguirse esta como consecuencia de la imposibilidad de cumplimiento por causa extraña no imputable, la obligación recíproca se extingue por ausencia de causa. Sería injusto que el contratante que no recibe la contraprestación, quede obligado a cumplir con la suya.

No se puede decir que exista confusión en la doctrina acerca de quién corre con los riesgos del contrato bilateral no traslativos de propiedad.

Existiendo en el contrato bilateral obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes, es indudable que cada parte es deudora de una obligación y acreedora de la obligación recíproca. El arrendador es deudor de la obligación de hacer gozar de la cosa al arrendatario y acreedor de la obligación de pagar el precio.

Por ello, algunos autores dicen que el riesgo lo corre el acreedor, refiriéndose al acreedor de la obligación correlativa, con lo cual están indicando a la misma persona: el deudor de la obligación extinguida. El arrendador es deudor de la obligación que se extingue por causa extraña no imputable, y es quien sufre los riesgos del contrato; pero el arrendador también es acreedor de la obligación correlativa de pagar

el canon de arrendamiento. Por consiguiente, en ambos casos nos estamos refiriendo a la misma parte en el contrato.

IV. EFECTOS DE LOS RIESGOS DEL CONTRATO EN LOS CONTRATOS NO TRASLATIVOS DE PROPIEDAD

(1327) Al producirse el incumplimiento por causa extraña no imputable de la obligación nacida del contrato bilateral no traslativo de propiedad, el contrato se extingue. Cuando el deudor de la obligación recíproca ha cumplido con su obligación antes de ocurrir la causa extraña no imputable que extingue el contrato, esta obligación deja de tener causa. Si el arrendatario ha pagado anticipadamente el canon de arrendamiento correspondiente a dos años, y la cosa objeto del contrato perece antes de su entrega al arrendatario, el pago efectuado por el arrendatario deja de tener causa. Ese sería un caso de enriquecimiento sin causa, específicamente de pago de lo indebido, cuyas reglas deberán aplicarse para la restitución a que está obligado el solvens. Esta es la solución del Código italiano de 1942 (Art. 1463).

V. LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS BILATELARES TRASLATIVOS DE PROPIEDAD

1. Derecho Romano

(1328) En el Derecho Romano no se estructuró el contrato bilateral; las obligaciones de ambas partes no son correspectivas sino independientes entre sí y, según la mayoría de los autores, en la venta se aplicaba la regla res perit emptori (la cosa perece para el comprador), porque éste se beneficia con la plusvalía de la cosa desde el momento del perfeccionamiento del contrato. El riesgo del contrato lo sufre el comprador en su condición de tal y no como propietario de la cosa, ya que la propiedad se transfería por la tradición y antes de efectuarla el vendedor continuaba siendo propietario.

2. Código Napoleón

(1329) Esta solución pareció poco equitativa a los partidarios del derecho natural, porque no hay equivalencia entre la plusvalía y el valor total de la cosa, considerando que el riesgo lo debería correr el vendedor, en su condición de propietario de la cosa (res perit domino). El Código Napoleón acoge la crítica y adopta la regla res perit domino, pero simultáneamente establece la regla (contenida en nuestro artículo 1161 CC) de la traslación de la propiedad por efecto del solo consentimiento.

Al acoger ambas reglas (res perit domino y traslación consensual de la propiedad) se llega a la misma solución que en el Derecho Romano. El comprador sufre los riesgos, pero en su calidad de propietario, no de comprador. Se establece así una excepción a la regla res perit debitori consagrada para los contratos no traslativos de propiedad.

Esta regla rompe con el principio de la interdependencia de las obligaciones recíprocas en el contrato bilateral. Al transferirse automáticamente la propiedad del cuerpo cierto como efecto de simple consentimiento, el riesgo pasa al comprador, quien queda obligado a pagar el precio, a pesar de no recibir la cosa objeto de la venta.

3. Fundamento de la regla res perit domino

(1330) Esta solución se ha explicado de diversas maneras.

Para algunos autores la concepción se justifica en la tradición, remontándose al Derecho Romano, acogiendo la tesis de que el adquirente se beneficia de la plusvalía de la cosa vendida; además ella está de acuerdo con la presunta voluntad de las partes, según la cual el vendedor a crédito se quiere desprender de los riesgos de la cosa, pues en caso contrario vendería de contado; también, porque la causa existe al momento de la celebración del contrato y que una vez perfeccionado éste las obligaciones de las partes se independizan. Esta tesis ha sido desechada por la doctrina.

Otros autores sostienen que esta excepción es consecuencia de la transferencia de la propiedad por el solo consentimiento. La obligación principal del vendedor, del enajenante en general, es una obligación de dar, transferir la propiedad de la cosa y esta obligación se cumple automáticamente por efecto del solo consentimiento. Esta obligación nace y muere inmediatamente. Poco importa que el enajenante no haya cumplido con las obligaciones consecuenciales de entregar la cosa y custodiarla hasta la entrega, obligaciones accesorias a la obligación principal de transferir la propiedad, que ya ha sido cumplida por el enajenante. Esta es la tesis predominante en la doctrina francesa.

A esta concepción se le critica que resulta un contrasentido una obligación que nace y muere simultáneamente.

4. La transferencia de la propiedad como efecto del consentimiento

(1331) Algunos autores sostienen que la transferencia de la propiedad de un cuerpo cierto no es efecto de una obligación de dar, sino directamente del consentimiento.

Los partidarios de esta tesis distinguen dos tipos de contratos traslativos de propiedad:

A) *Los contratos con inmediata eficacia real,* que no generan una obligación de dar y en los cuales la transferencia de la propiedad es consecuencia directa del consentimiento. No se trata del cumplimiento de una obligación nacida del contrato, sino de un efecto directo del solo consentimiento por el cual se transfiere la propiedad del cuerpo cierto.

La venta de un cuerpo cierto no es una venta obligatoria, en el sentido de crear obligaciones de dar, sino una venta con inmediata eficacia real, en la cual solo se generarían obligaciones consecuenciales de entrega y custodia.

B) *Los contratos obligatorios,* en los cuales si nace una verdadera obligación de dar, que debe ser cumplida por el enajenante, bien sea

mediante la especificación en la venta de cosas genéricas, o por la adquisición de la propiedad en la venta de la cosa ajena.

Para los partidarios de esta tesis, el contrato con inmediata eficacia real no es un contrato bilateral, sino un contrato unilateral en el cual solo nace una obligación a cargo del comprador: pagar el precio. Entonces en el contrato de venta con inmediata eficacia real, no se plantea el problema del riesgo del contrato. La regla contenida en el artículo 1161 CC según la cual el riesgo se transfiere al adquirente como efecto del solo consentimiento, solo significa que el adquirente corre con los riesgos de la cosa, como cualquièr propietario.

En los contratos de venta obligatoria, en la cual nacen obligaciones a cargo del vendedor surgen verdaderas obligaciones de dar. Entonces el riesgo del contrato lo sufrirá el vendedor, quien no tendrá derecho al precio, al incumplir la obligación de transferir la propiedad: No obtendrá la ventaja esperada. Se aplicaría la misma regla que para los contratos bilaterales no traslativos de propiedad: Los riesgos del contrato recaen sobre el deudor de la obligación incumplida que es la misma regla aplicable a los contratos no traslativos de propiedad. Desaparece así la necesidad de distinguir entre contratos traslativos y no traslativos de propiedad.

En la venta de la cosa ajena el vendedor se obliga a adquirir la cosa para transferir la propiedad al vendedor y será entonces cuando transfiera automáticamente la propiedad al comprador. En la venta de la cosa ajena, hasta el momento de la adquisición de la cosa vendida, los riesgos del contrato los corre el vendedor: los riesgos son del deudor (res perit debitoris).

En conclusión, para los partidarios de esta teoría existiría solo una regla en los contratos bilaterales: los riesgos del contrato los corre el deudor (res perit debitori).

VI. EL ORDEN PÚBLICO NO ESTÁ INTERESADO EN LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS

(1332) Las reglas elaboradas por la doctrina y las normas contenidas en el Código Civil en relación a los riesgos del contrato no son de orden público, no constituyen normas imperativas; por lo tanto pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares. Estos pueden disponer en el contrato soluciones distintas para la cuestión de los riesgos.

VII. EXISTENCIA DE UN TÉRMINO

(1333) En general, la doctrina considera que cuando la transferencia de propiedad al adquirente se sujeta a un término; no se produce el efecto real inmediato, no se transfiere la propiedad al adquirente.

La existencia de un término puede afectar solamente la obligación de entregar la cosa, en cuyo caso si se transfiere la propiedad de la cosa por efecto del solo consentimiento. Las partes pueden haber manifestado expresamente que el enajenante conservará la propiedad hasta el vencimiento del término, lo que es perfectamente lícito, por ser una cuestión en que no está interesado el orden público.

VIII. LA OBLIGACIÓN CONDICIONAL

(1334) Cuando la obligación de transferir la propiedad está sometida a condición, debe distinguirse los efectos de la condición suspensiva y de la condición resolutoria.

El artículo 1203 del Código Civil dispone: que "si la obligación es contraida bajo condición suspensiva, y antes de su cumplimiento perece o se deteriora la cosa objeto de la misma, se observarán las reglas siguientes:

1º Si la cosa perece enteramente sin culpa del deudor la obligación se reputa no contraida.

2º Si la cosa se deteriora sin la culpa del deudor el acreedor debe recibirla en el estado en que se encuentre, sin disminución del precio".

Cuando la cosa perece enteramente, por una causa no imputable, antes del cumplimiento de la condición, la obligación de dar no produce ningún efecto, se reputa no contraida y por consiguiente, al aplicar la regla res perit domino el enajenante correrá con los riesgos del contrato.

Esta regla constituye una excepción al efecto retroactivo de la condición. Si la cosa ha perecido antes del cumplimiento de la condición, la consecuencia natural del efecto retroactivo sería que existiendo la cosa para el momento del perfeccionamiento del contrato al cumplirse la condición suspensiva se retrotraen sus efectos a ese momento, y por consiguiente, desde la celebración del contrato la propiedad se habría transferido al adquirente por efecto del solo consentimiento. La norma antes transcrita constituye una excepción al efecto retroactivo de la condición. De acuerdo con la doctrina, esta excepción se justifica porque siendo el efecto retroactivo de la condición una ficción, no puede llegar hasta desconocer el hecho de que la cosa ya no existía para el momento en que se incumplió por causa extraña no imputable. Por ello la obligación se reputa no contraida, de modo que el enajenante continuará siendo propietario, y será quien sufra los riesgos del contrato (res perit domino).

En cambio si la cosa se deteriora se aplica cabalmente el efecto retroactivo de la condición y los riesgos los correrá el adquirente.

Si la obligación de transferir la propiedad está sometida a una condición resolutoria, los efectos son inversos a los que produce la condición suspensiva cumplida.

BIBLIOGRAFÍA

Colin, Ambrosio y Capitant H. Ob. Cit. Tomo III, Cap. IV – (4815), págs. 749 a 758.

De Page, H. Ob. Cit. Tomo II, Nº 776, págs. 694 y N° 841 a 856, págs. 765 a 775.

Josserand, Louis. Ob. Cit. Tomo II, Vol. I, N° 366 a 373, págs. 254 a 261.

Marty, G. Teoría General de las Obligaciones. Ob. Cit. Tomo I, págs. 220 a 226.

Mazeaud, Henri-Leon-Jean. Ob. Cit. Parte II, Vol. III, N° 1107 a 1123, págs. 363 - 874.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo 6, Nº 412 al Nº 419, págs. 584 a 592.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs 438 a 459, págs. 797 a 824.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit Título XLV, págs. 237 a 242.

Starck, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 998 a 1100, págs. 353 a 368.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 640 a 646, págs. 527 a 533.

Capítulo 42
LA EXCEPCIÓN NON ADIMPLETI CONTRACTUS

SUMARIO

I. CONCEPTO.- II. ANTECEDENTES.- III. FUNDAMENTO.- IV. DISPOSICIÓN LEGAL.- V. DIFERENCIA ENTRE LA EXCEPCIÓN NON ADIMPLETI CONTRACTUS Y EL DERECHO DE RETENCIÓN.- VI. CONDICIONES PARA LA PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN *NON ADIMPLETI CONTRACTUS*. 1º Debe tratarse de un contrato bilateral. 2º El incumplimiento debe ser culposo. 3º Las obligaciones deben ser de ejecución simultánea. 4° Debe ser opuesta de buena fe. 5º No es necesaria la intervención judicial.- VII. EFECTOS DE LA EXCEPCIÓN *NON ADIMPLETI CONTRACTUS*.- VIII. NATURALEZA DE LA EXCEPCIÓN Y ASPECTOS PROCESALES QUE PUEDE PLANTEAR. 1° Es una defensa de fondo. 2°. La carga de la prueba. 3° Demanda de resolución y excepción de incumplimiento. 4° Reconvención. 5° La cosa juzgada.- IX. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS.

La excepción non adimpleti contractus

I. Concepto

(1335) La excepción *nón adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido), llamada también excepción de incumplimiento, es la facultad que tiene la parte inocente de un contrato bilateral a negarse a cumplir sus obligaciones, cuando su contraparte le exige el cumplimiento, sin haber cumplido a su vez con su propia obligación.

II. ANTECEDENTES

(1336) En Roma no se conoció como tal la excepción *non adimpleti contractus,* y se empleaba como sustitutiva de la misma la *exceptio doli* (excepción de dolo), por la cual a la parte que pretendía exigir el cumplimiento de una obligación sin haber cumplido con la suya, se le consideraba que incurría en culpa intencional, por lo que la otra parte tenía pleno derecho a negarse a ejecutar la obligación cuyo cumplimiento le era exigido en tales condiciones.

Es en la Edad Media, bajo la influencia del Derecho Canónico, cuando surge el embrión de lo que va a ser en los tiempos modernos la excepción. Ninguna persona puede aprovecharse de un contrato sin dar lo que ha prometido a cambio. Quien no procede de buena fe, no puede esperar que su contraparte si lo haga. Se justifica que la parte a quien se exige el cumplimiento se abstenga de hacerlo mientras la otra no haya cumplido.

En el antiguo derecho francés se adopta esta regla para casos particulares. DOMAT y POTHIER la generalizan a todos los contratos bilaterales, pero en el Código Napoleón no se acoge la excepción como regla general.

III. FUNDAMENTO

(1337) Se ha fundamentado la excepción de varias maneras.

Según los neocausalistas (CAPITANT), en los contratos bilaterales, siendo la causa de la obligación de una de las partes el cumplimiento de la obligación de la otra parte, si una de las partes no cumple su obligación, la obligación de la otra parte queda sin causa, por lo cual ésta puede negarse a cumplir.

Los anticausalistas (PLANIOL, DE PAGE) justifican la excepción en la idea de reciprocidad, derivada a su vez de la regla de los correlativos, mediante la cual en los contratos bilaterales las obligaciones de las partes están estrechamente vinculadas y son interdependientes unas

de otras: cada parte cumple su obligación porque la otra cumple, de modo que si una de las partes no cumple, la otra tiene el derecho de no cumplir la suya.

Para otros autores, su fundamento viene a estar en razones de equidad y de la buena fe que las partes deben desarrollar en el cumplimiento de todo contrato.

IV. Disposición legal

(1338) La excepción non *adimpleti contractus* está consagrada en el artículo 1168 del Código Civil: «En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones».

La disposición es tomada del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y fue incorporada por primera vez en Venezuela en el Código Civil de 1942. En los Códigos anteriores se seguía la sistemática adoptada en el Código Napoleón de no enunciar en forma amplia y genérica la excepción, sino de aplicar sus efectos a determinados contratos y en casos especiales. Fue la jurisprudencia francesa quien la extendió a todos los contratos bilaterales, dándole un carácter general y la jurisprudencia la aplicaba considerándola una consecuencia necesaria de la equidad y buena fe que deben acompañar el cumplimiento de todo contrato.

V. Diferencias entre la excepción non adimpleti contractus y el derecho de retención

(1339) La doctrina señala como diferencias:

a) El derecho de retención es la facultad que tiene el detentador de una cosa, que es a su vez acreedor con motivo o por razón de esa cosa, de retenerla hasta que no le sea satisfecha esa acreencia. Hay una conexión entre el crédito y la cosa objeto de la retención. En

cambio, la excepción *non adimpleti contractus* es el derecho que tiene una de las partes en un contrato bilateral a negarse a cumplir sus obligaciones cuando la otra parte le exige el cumplimiento sin haber cumplido a su vez con su propia obligación; la conexión es entre las obligaciones recíprocas nacidas de un mismo contrato.

b) El derecho de retención tiene naturaleza real, en el sentido de que supone necesariamente la detentación material de una cosa perteneciente a una persona distinta del detentador, y por lo tanto se aplica sólo en las obligaciones de restituir cosas. La excepción *non adimpleti contractus* se aplica a toda clase de prestaciones nacidas de un contrato bilateral.

c) El derecho de retención permite al detentador material de la cosa retenerla frente a cualquier persona, inclusive frente al propietario y constituye una especie de garantía. La excepción *non adimpleti contractus* solo es oponible al actor que exige el cumplimiento. El derecho de retención se aplica a los contratos sinalagmáticos imperfectos, y aún a situaciones jurídicas derivadas de otras fuentes distintas al contrato, mientras que la excepción *non adimpleti contractus* solo se aplica en los contratos bilaterales.

d) El derecho de retención requiere la falta de pago de gastos efectuados en la cosa por el detentador; la excepción *non adimpleti* opera en los casos de incumplimiento de obligaciones de cualquier naturaleza, nacidas en un contrato bilateral.

e) El derecho de retención es indivisible. La excepción *non adimpleti contractus* será o no divisible en la medida en que la prestación pueda o no ser dividida jurídicamente.

f) El derecho de retención puede ser opuesto por el detentador al propietario, aun cuando éste fuese un tercero frente a aquél (art. 795 del Código Civil). La excepción *non adimpleti contractus* sólo puede oponerse entre las partes del contrato bilateral y no por los terceros que no son partes en dicho contrato. Por ejemplo, el comprador que sufre evicción no puede oponerle la excepción al tercero triunfante.

g) En cuanto al fundamento, se dice que el derecho de retención se basa en la idea de garantizar el equilibrio patrimonial entre las partes; la excepción *non adimpleti* se funda en la idea de causa, o en la idea de reciprocidad o en un principio de equidad, según como fuese la posición doctrinal que se asuma respecto a la estructura de los contratos bilaterales.

h) En materia civil el derecho de retención solo procede en los casos expresamente previstos en la ley; la excepción de incumplimiento es una regla general aplicable a todos los contratos bilaterales. En materia mercantil, el derecho de retención es de carácter general (Art. 122 y 123 del Código de Comercio).

i) El derecho de retención puede neutralizarse mediante una garantía (Art. 123 C. Com y 1702 CC, 1774 CC); en cambio la excepción de incumplimiento al producir solo una suspensión de la exigibilidad de la prestación, no impide exigir el cumplimiento o la resolución del contrato cuando desaparece su causa.

VI. Requisitos para la procedencia de la excepción non adimpleti contractus

La doctrina ha estructurado las condiciones para la procedencia de la excepción, a saber:

1. Debe tratarse de un contrato bilateral

(1340) No procede en los contratos unilaterales, y se discute su procedencia en los contratos sinalagmáticos imperfectos. Para algunos autores, la excepción también se aplica en los contratos sinalagmáticos imperfectos, y citan en su apoyo algunas disposiciones legales, como la del artículo 1702 CC, que acuerda al mandatario la facultad de retener en garantía las cosas que son objeto del mandato, hasta que el mandante cumpla con las obligaciones de reembolso de los gastos efectuados por el mandatario, de los avances hechos y de los respectivos intereses; el artículo 1774 CC, que acuerda al depositario el derecho de retención

del depósito hasta el pago total de todo cuanto se le deba en razón del depósito. Sin embargo, la mayoría de la doctrina limita la excepción *non adimpleti contractus* a los contratos sinalagmáticos perfectos, por las razones siguientes:

a) La excepción *non adimpleti contractus* procede sólo en los contratos bilaterales, porque se funda en la idea de causa, o en la idea de reciprocidad, para los anticausalistas. En cambio, en los contratos sinalagmáticos imperfectos no nacen obligaciones recíprocas; por lo tanto, mal puede tener vigencia la excepción.

b) Quienes en apoyo de la aplicación de la excepción citan los contratos sinalagmáticos imperfectos en los dos casos de derecho de retención mencionados, confunden la excepción con el derecho de retención, y ambas instituciones tienen diferencias fundamentales.

c) Otros autores la consideran aplicable al depósito y al mandato remunerado. Parece más bien que tales contratos, al existir obligaciones recíprocas, son contratos bilaterales.

Para la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, la excepción de incumplimiento procede en las restituciones que son consecuencia de la nulidad y resolución de un contrato, por la interdependencia existente entre las recíprocas obligaciones de restituir, extendiéndola a las derivadas de ciertas obligaciones extracontractuales (gestión de negocios).

2. El incumplimiento que da lugar a la excepción debe ser culposo

(1341) En caso de que el incumplimiento se deba a causa extraña no imputable, se aplica la teoría de los riesgos.

3. Las obligaciones deben ser de ejecución o cumplimiento simultáneo

(1342) Que el orden de cumplimiento sea el ordinario, dando y dando. Si las obligaciones de una de las partes están sometidas a

término o condición, de modo que su ejecución sólo fuese exigible después de cumplirse esas modalidades, y las obligaciones de la otra parte fueren de ejecución inmediata, la parte a quien se le pidiere el cumplimiento de las prestaciones exigibles (no sometidas a una modalidad pendiente), no podría oponer la excepción, por no haber incumplimiento culposo de la otra parte que solo está obligada a cumplir cuando haya vencido el término o acaecido la condición. Si ya ha vencido o caducado el término, o se ha cumplido la condición suspensiva, el requisito de la simultaneidad se habrá cumplido.

4. Debe ser opuesta de buena fe

(1343) Debe compararse la conducta de ambas partes. Si una de ellas ha sido la primera en incumplir, o se ha negado definitivamente a cumplir, o la otra parte hubiere justificado su retardo en el cumplimiento, sería contrario a la buena fe oponer en tales circunstancias la excepción. Hay varias situaciones en las cuales no se cumple este requisito:

a) El incumplimiento debe ser de cierta importancia, en el sentido de que generalmente no es suficiente para justificar la excepción el incumplimiento de obligaciones accesorias o secundarias de un contrato. Sin embargo, en la doctrina se ha discutido cuáles de las obligaciones surgidas de un contrato pueden ser consideradas como principales y cuáles como secundarias. En principio, se ha adoptado como criterio que el incumplimiento de las obligaciones que fueron determinantes del consentimiento de la otra parte y aquellas que han sido convenidas expresamente como tales por las partes y cuyo incumplimiento ha sido calificado como grave por ellas. En cambio, se considera obligaciones secundarias aquellas no determinantes del consentimiento de la otra parte y cuyo incumplimiento no ha sido calificado como tal por ellas. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento de inmueble, el incumplimiento de la entrega del inmueble arrendado al arrendatario por parte del arrendador, da derecho a aquél a oponer la excepción, porque la obligación de proporcionar el goce y disfrute de la cosa es

determinante del consentimiento del arrendatario. En cambio, el incumplimiento por parte del arrendador a realizar una reparación mayor, puede justificar que el arrendatario suspenda el pago del canon mensual de arrendamiento cuando es de tal trascendencia que priva al arrendatario del goce y disfrute de la cosa arrendada; si la omisión de la reparación mayor solo produce una pequeña molestia al arrendatario, ello no justifica el incumplimiento de la obligación principal de este.

b) En materia de incumplimiento parcial corresponde al juez apreciar y estimar la magnitud del incumplimiento, salvo en determinadas obligaciones cuyo incumplimiento parcial es regulado expresamente por el legislador; por ejemplo, negarse a pagar el precio en algunos de los casos previstos en el Art. 1497 CC, porque la cabida del inmueble entregada siendo menor a la señalada en el documento, la diferencia no alcanza a una veinteava parte.

Conforme al artículo 1291 del CC, en virtud del principio de la integridad del pago, el acreedor puede negarse a recibir un pago parcial. Ahora bien, si el comprador ha pagado el 98% del precio mediante abono en cuenta bancaria del vendedor (aun cuando no haya aceptación del pago parcial), este no podrá oponer la excepción por incumplimiento parcial del comprador para negarse a la entrega; en cambio, si la diferencia es sustancial (digamos el 20%), podría a nuestro juicio hacerlo.

En estos casos, la apreciación de la magnitud y gravedad del incumplimiento corresponderá al juez, trátese de un incumplimiento total o parcial, y la calificación del juzgador dependerá de las circunstancias que rodean el caso en concreto, el Juez deberá atenerse a los criterios que imponen la buena fe en la ejecución del contrato y los atinentes al abuso de derecho.

c) El cumplimiento tardío solo puede justificar la excepción de incumplimiento cuando el acreedor ya no tiene interés en la prestación (término esencial).

d) Que la parte que la oponga no haya a su vez motivado el incumplimiento de la contraparte; ello es obvio, pues si el demandado,

por su culpa, hubiese motivado el incumplimiento, no estaríamos en presencia de un incumplimiento culposo, que es el supuesto indispensable de la excepción.

5. No es necesaria la intervención judicial

(1344) El deudor de hecho puede abstenerse de cumplir y al ser demandado, corresponderá al Juez determinar si se han cumplido o no los requisitos mencionados.

VII. Efectos de la excepción non adimpleti contractus

(1345) La excepción *non adimpleti contractus* suspende los efectos del contrato y no lo extingue, lo que la diferencia de la acción resolutoria, que está dirigida a obtener la terminación del contrato. El contrato objeto de la excepción queda suspendido hasta que la parte que ha motivado su oposición cumpla u ofrezca seriamente cumplir con su obligación, sin que sea necesario que haga una oferta real.

Sólo por excepción, existe un tipo de contratos en los cuales la excepción *non adimpleti* no solo tiene los efectos suspensivos descritos, sino que extingue las obligaciones durante el período de incumplimiento; ello ocurre en los contratos de tracto sucesivo, en los cuales la excepción *non adimpleti contractus* deja insubsistente el contrato durante el lapso en el cual la parte que provoca su oposición deja de cumplir con su obligación. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento por dos años para comenzar el 1º de julio; si el arrendador no cumple su obligación de poner al arrendatario en el goce y disfrute de la cosa arrendada sino el 1º de septiembre, la excepción *non adimpleti* deja insubsistente todas las obligaciones nacidas del contrato por todo el lapso durante el cual el arrendador no cumplió; y el contrato surtirá plenos efectos a partir del 1° de septiembre y terminará a dos años después del 1° de julio, tal como se pactó.

VIII. NATURALEZA DE LA EXCEPCIÓN Y ASPECTOS PROCESALES QUE PUEDE PLANTEAR

1. Es una defensa de fondo

(1346) Hemos dicho que no es necesaria la intervención judicial para que la parte inocente se abstenga legitimamente de cumplir con su obligación; es un derecho que tiene la parte inocente.

Al exigir la parte en falta el cumplimiento coactivo (judicial) de la obligación correlativa de la parte inocente, esta podrá oponer la exceptio no adimpleti contractus. Por su efecto suspensivo, pudiera pensarse que se trata de una cuestión prejudicial (Art. 355, Ord. 7° CPC); pero esta tesis no tiene ningún asidero. En efecto, el incumplimiento de la obligación correspectiva no es una condición (modalidad de la obligación) sino uno de los requisitos para que proceda: es una cuestión de mérito que no puede ser decidida *in limine litis.*

La excepción de incumplimiento, aun cuando su efecto es suspender la ejecución de la obligación, es una defensa de fondo, así lo admite nuestra jurisprudencia (CSJ – 8-6-60 – G.F. N° 28 2° Etapa, pág. 255). La doctrina tanto nacional como extranjera, también considera que la excepción de incumplimiento es una defensa de fondo.

2. La carga de la prueba

(1347) Se ha discutido a quien corresponde la carga de la prueba. Siendo el fundamento de la excepción , un hecho impeditivo de la pretensión del actor, por lo cual le corresponde al excepcionante la carga de la prueba del incumplimiento, bien sea total, parcial, defectuoso o tardío. Nuestra doctrina (MELICH) y jurisprudencia así lo sostienen.

Al actor le basta probar la existencia del contrato para que proceda su demanda, a menos que el demandado pruebe un hecho que justifique su incumplimiento.

3. Demanda de resolución y excepción de Incumplimiento

(1348) En nuestra jurisprudencia, alguna sentencia ha rechazado la admisibilidad de la excepción frente a una demanda de resolución, en base a una interpretación literal del artículo 1168 (CSJ-SCC 18-6-1960). La tesis contraria (MELICH) es más razonable, pues uno de los requisitos de la acción resolutoria es que sea ejercida de buena fe, por lo cual el incumplimiento de la excepción correlativa a cargo del actor, sería suficiente para declarar sin lugar la demanda de resolución, con mayor razón debe admitirse que el demandado oponga expresamente la excepción. Lo contrario sería darle al actor incumpliente derecho a pedir la resolución, cuando por esa misma circunstancia no tiene derecho a la resolución.

4. Reconvención

(1349) Tampoco parece razonable que opuesta la excepción de incumplimiento, el demandado no pueda simultáneamente reconvenir al actor exigiendo el cumplimiento de la obligación, pues si el demandado es inocente (no ha incumplido o el incumplimiento no es sustancial) nada le impide exigir que el actor cumpla con su obligación correspectiva. Por ejemplo, el actor pide el pago del precio, al demandado se excepciona alegando que el vendedor no ha hecho la tradición, ofrece pagar el precio en el momento en que el vendedor lo haga, exigiendo por vía de reconvención que el vendedor le haga la tradición de la casa vendida.

5. La cosa juzgada

(1350) Finalmente, la cosa juzgada produce su efecto suspensivo por los hechos que han sucedido para el momento de la demanda. El actor podrá intentar una nueva acción, después de haber cumplido su obligación, ya que no hay identidad de los hechos de la nueva demanda con las que sirvieron de base a la prima sentencia.

IX. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

(1351) La excepción de incumplimiento puede ser opuesta a quienes pretendan un derecho sobre el patrimonio del deudor fundamentado en el contrato bilateral incumplido. Así, la parte inocente podrá oponer la excepción al acreedor quirografario de la parte incumpliente; por ejemplo, si se pretende embargar o ejecutar el precio de venta no habiendo cumplido el vendedor con la entrega de la cosa vendida. También será oponible a quien intente la acción oblicua, pues en este caso el tercero está ejerciendo la acción de cumplimiento nacida del contrato incumplido por su deudor.

BIBLIOGRAFÍA

Colin, Ambrosio y Capitant H. Ob. Cit. Tomo III, Cap. IV - 484, págs. 747-749.

De Page, H. Ob. Cit. Tomo II, Nºs. 857 al 871, págs. 775 a 785.

Marty, G. Teoría General de las Obligaciones. Ob. Cit. Vol. I, págs. 218-219.

Mazeaud, Henri-Leon-Jean. Ob. Cit. Parte II, Vol. III, N°s. 1124 a 1133, págs. 374 a 379.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo 6, Nº 438 al Nº 461, págs. 612 a 640.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Art. 1159 al Art. 1168, págs. 407 a 453.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs 410 a 437, págs. 769 a 793.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit Título XLIV, págs. 242 a 248.

Messineo, F. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Tomo II, Cap XVI, Nº 7, , págs. 431 a 439.

Starck, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 1966 a 1999, págs. 685 a 696.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 609 a 646, págs. 502 a 533.

Jurisprudencia

3/4/95 JS3° - C y M A Met. P.T. TVI, pág. 123
24/5/95 JS Agrario A Met. P.T. TVI, pág. 320

Fundamento

12/6/96 JS1° C&M A.Met P.T. TVI pág. 243
10/2/94 - CSJ SPA P.T. CSJ pág.

Excepción de fondo

8/6/60 CSJ – SCC G. Forense N° 28 (2° Etapa), pág. 255

Demanda de resolución y excepción

18/6/60 CSJ. SCC.

No procede en los contratos administrativos

11/3/00 TSJ – SPA – R&G, Tomo CLXIV (754.00), pág. 387

Capítulo 43
LA ACCIÓN RESOLUTORIA

SUMARIO

I. CONCEPTO.- II. DISPOSICIÓN LEGAL.- III. DIFERENCIAS CON OTROS MEDIOS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS: 1. Con la nulidad. 2. Con la rescisión. 3. Con la disolución. 4. Con la revocación.- IV. EVOLUCIÓN DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA: 1. Fundamento en el Derecho Romano. 2. Evolución en el Derecho intermedio hasta nuestro Código Civil de 1942. 3. Fundamento en el Derecho Moderno.- V. REQUISITOS DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA. 1º Existencia de un contrato bilateral. 2º Incumplimiento culposo de la obligación por las partes. 3º El actor debe proceder de buena fe. 4° La declaratoria judicial de resolución. 5° No es subsidiaria. 6. No es necesaria la mora.- VI. POSIBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO. VII. PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR LA RESOLUCIÓN.- VIII. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. 1° Entre las partes: A) Efectos liberatorios. B) Efectos restitutorios. C) Daños y perjuicios. 2° Efectos respecto de terceros: A) Protección de los terceros. B) Los derechos reales constituidos por el subadquirente. C) Efectos de la cosa juzgada. IX. CARÁCTER AUTÓNOMO DE LA ACCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. X. LA RESOLUCIÓN CONVENCIONAL.- XI. LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO.- XII. LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUCIOS. XIII. DIFERENCIAS CON LA EXCEPCIÓN *NON ADIMPLETI CONTRACTUS.*

I. CONCEPTO

(1352) La acción resolutoria es la facultad que tiene una de las partes en un contrato bilateral, de pedir la terminación del mismo y en consecuencia ser liberada de su obligación, si la otra parte no cumple a su vez con la suya; y pedir la restitución de las prestaciones que hubiere cumplido.

La resolución es la terminación de un contrato bilateral motivada por el incumplimiento culposo de una de las partes, quien queda sujeta al pago de los daños y perjuicios que causa a la parte inocente, extinguiéndose todas las obligaciones nacidas del mismo.

II. DISPOSICIÓN LEGAL

(1353) El artículo 1167 del Código Civil consagra la acción resolutoria al disponer: "En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos, si hubiere lugar a ello".

III. DIFERENCIAS CON OTROS MEDIOS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS

(1354) Siendo una forma de terminación de contratos específica de las convenciones bilaterales sinalagmáticas, la resolución presenta diferencias fundamentales con los otros modos conocidos de terminación de contratos que señalaremos de seguida, no sin antes poner de manifiesto que existe una diferencia fundamental y de tipo general: la resolución es un medio o forma de terminación exclusiva de las convenciones bilaterales, no siendo aplicable a las convenciones unilaterales ni tampoco a las sinalagmáticas imperfectas.

1. Diferencias con la nulidad de los contratos

(1355) A) La nulidad es un modo de terminación de los contratos que han nacido con un vicio que afecta su eficacia. La resolución es un modo de terminación de contratos que han nacido legalmente perfectos y que producen los efectos normales propios de todo contrato válido.

B) Las causas de nulidad surgen con el contrato mismo. Las causas de resolución (incumplimiento culposo) surgen después que el contrato se ha perfeccionado.

C) Como consecuencia de las diferencias apuntadas, la nulidad no es más que la constatación de ser un contrato inválido o ineficaz. La resolución es la terminación de un contrato perfecto.

D) La nulidad es la consecuencia de la violación de normas de orden público que tutelan intereses generales (nulidades absolutas) o intereses particulares (nulidades relativas) en el momento de su celebración. La resolución ocurre en los contratos bilaterales, motivada a incumplimiento culposo de sus obligaciones por una de las partes.

2. Diferencias con la rescisión

(1356) La rescisión es un medio especial para atacar ciertos contratos bilaterales conmutativos, que si bien no violan ninguna norma de orden público, establecen una desproporción excesiva entre las prestaciones de las partes, en perjuicio o detrimento de una de ellas.

La doctrina expone que en general la rescisión tiene carácter subsidiario y sólo opera a falta de otro recurso capaz de colocar a las partes en situación de equilibrio. La resolución no tiene carácter subsidiario, ni tampoco opera a falta de otro recurso.

El efecto retroactivo de la resolución no es aplicable en los casos de rescisión.

3. Diferencias con la disolución

(1357) A) La disolución es un medio voluntario de terminación de los contratos mediante el cual las partes de mutuo acuerdo deciden la extinción del contrato. Es llamada la disolución por nuestro Código Civil (art. 1159) revocación, en el sentido de que las partes revocan de mutuo acuerdo su voluntad de contratar. Sin embargo, la expresión revocación es tomada en forma impropia, pues en la doctrina moderna se reserva para aquellos casos en que el contrato puede terminar por la sola voluntad de una de las partes (mandato, sociedades por tiempo indefinido).

La resolución no es propiamente voluntaria, sino que es motivada por el incumplimiento culposo de una de las partes en un contrato bilateral, viéndose obligada la otra parte, en resguardo de sus intereses, a pedir la terminación del mismo.

B) La disolución del contrato lo extingue hacia el futuro pero no hacia el pasado, quedando plenamente cumplidas y con total validez las prestaciones efectuadas. La disolución no tiene efecto retroactivo.

La resolución tiene efectos retroactivos, el contrato se considera como si nunca se hubiese existido, volviendo las partes a una situación precontractual, a la misma situación en que se encontraban antes de celebrar el contrato; salvo en los casos de excepción que mencionaremos más adelante (contratos bilaterales de tracto sucesivo y ciertas cláusulas contractuales).

C) La disolución del contrato es un medio general de terminación de todo contrato, sea de la clase que fuere (art. 1159). La resolución del contrato es típica de los contratos bilaterales y sólo para los casos de incumplimiento culposo.

4. Diferencias con la revocación

(1358) A) La revocación del contrato, tomada en un sentido estricto, es la terminación de determinados tipos de contrato por

voluntad unilateral de una de las partes. Ello ocurre en algunos contratos: mandato (Art. 1704, numeral 1° y 2° CC), sociedades por tiempo ilimitado (Art. 1677 CC), sociedades de hecho (Art. 220 C. Com.), donación entre cónyuges (Art. 1451 CC).

La resolución no depende de la sola voluntad de una de las partes, sino que es motivada por el incumplimiento culposo de la otra parte.

B) La revocación opera hacia el futuro, no afecta las prestaciones cumplidas con anterioridad a esa revocación, prestaciones que son válidas y producen sus efectos.

La resolución, por el contrario, tiene efectos retroactivos colocando a las partes en la misma situación en que se encontraban antes de celebrar el contrato y, por consiguiente, libera a ambas partes de las obligaciones nacidas con anterioridad y al eliminar el fundamento o la causa de las prestaciones cumplidas, debe procederse a la restitución de las mismas (salvo los casos de excepción).

IV. Evolución de la acción resolutoria

1. Fundamento en el Derecho Romano

(1359) En Roma, en los contratos bilaterales las obligaciones de las partes eran consideradas como entes independientes, desvinculadas entre sí. Como consecuencia, si una de las partes no cumplía su obligación, la otra parte de todos modos quedaba obligada a cumplir la suya. La resolución causaba indudables perjuicios a la parte que estando obligada a cumplir perdía su prestación sin recibir nada en cambio.

Para atenuar estos inconvenientes en Roma se acudió a diversas soluciones, a saber:

1º En la venta de contado, el vendedor que había entregado la cosa al comprador, podía, en caso de no recibir el precio, reivindicar la cosa.

2º En la venta a crédito, se consideraba la venta sometida a una condición resolutoria implícita o *lex commisoria,* por la cual si el comprador no pagaba el precio, el vendedor podía considerar cumplida la condición resolutoria y por lo tanto podía pedir la devolución de la cosa, entregando a su vez las sumas recibidas por concepto de precio.

3º En los contratos innominados *Do ut des, do ut facias,* la parte que había cumplido su obligación y a quien no se le había cumplido tenía la *"condictio causa data causa non secuta"* para recuperar la prestación por ella ejecutada.

4º La *exceptio doli,* mediante la cual la parte a quien se le exigía el cumplimiento de su prestación por la otra parte, sin que ésta a su vez cumpliese con la suya, podía pedir su liberación hasta que la otra parte cumpliese, pues se consideraba doloso pedir la ejecución de una obligación sin cumplir a su vez con la suya.

De estas soluciones romanas el antecedente más parecido a la acción resolutoria en sus efectos fue la *lex commisoria,* pues supeditaba en la venta el cumplimiento de la obligación de una de las partes al cumplimiento de la otra parte. Sin embargo, tuvo el inconveniente de que sólo era aplicable a los contratos de venta y no a los demás contratos bilaterales.

2. Evolución en el derecho intermedio hasta nuestro Código Civil de 1942

(1360) El derecho canónico contribuyó al desarrollo de la teoría del contrato, al establecer una serie de principios basados en reglas de carácter moral. Así se le da efecto a la intención de las partes, y como consecuencia de la prohibición de mentir, se establece que la palabra empeñada obliga: pacta sunt servanda. Al aceptar que la voluntad es suficiente para crear un vínculo obligatorio, debe presumirse que hay unas condiciones tácitas que ha presupuesto cada contratante. Entre ellas, se considera que si una persona se ha obligado a cumplir con una prestación para obtener una determinada ventaja (causa final), la inejecución de la obligación por su deudor hace perder la fuerza

obligatoria a la promesa. Se sanciona el incumplimiento con la extinción de la obligación. Pero este principio en el derecho canónico es de carácter general, se aplica a todos los contratos aun unilaterales, inclusive a las relaciones extracontractuales.

A pesar de haber profundizado el estudio de la teoría de los contratos, los romanistas no pudieron desprenderse de los preceptos y conclusiones del derecho romano; así consideraron el concepto de causa final aplicable solamente a los contratos innominados, pues los contratos nominados, siendo perfectos en su formación, no podían ser influidos por hechos ocurridos con posterioridad a su perfeccionamiento.

Después de una lenta evolución, se comienza a aceptar que la resolución de los contratos es una institución aplicable a todos los contratos hasta llegar a Pothier, quien establece como regla común a todos los contratos sinalagmáticos, que cuando una de las partes no cumpla con su obligación, no puede pedir a la otra que cumpla con la suya, y la otra parte puede pedir al Juez la rescisión del contrato.

Así, se formula el artículo 1184 del Código Napoleón: "La condición resolutoria se sobreentiende en todos los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte que no recibió la prestación... puede optar entre obligar a esta que la cumpla... o reclamar la resolución. La resolución debe demandarse a los tribunales...". La necesidad de la intervención judicial es justificada en la exposición de motivos, porque será siempre necesario constatar la inejecución, las causas de ella y distinguirla del simple retardo.

Del Código Napoleón pasa al Código italiano de 1865, de allí a nuestro Código Civil hasta 1942, cuando se adopta la redacción del proyecto franco italiano de las obligaciones.

3. Fundamento de la acción resolutoria en el Derecho Moderno

(1361) La doctrina contemporánea ha tratado de fundamentar la resolución de los contratos bilaterales en diversas figuras jurídicas, a saber:

A) En la antigua *lex commisoria* romana, la cual se extendió en el Derecho Moderno a todo tipo de contrato bilateral, mediante la forma de una condición resolutoria implícita. Es la posición adoptada por el Código Napoleón y que inspiró a todos los Códigos venezolanos, con excepción del Código de 1942.

Sin embargo, se critica a esta tesis:

a) Si la resolución se fundamentara en una condición resolutoria implícita, no sería necesaria la intervención del juez para declararla, pues provendría de la misma voluntad de las partes y operaría automáticamente.

b) No procedería tampoco la indemnización de los daños y perjuicios, porque la condición resolutoria implícita, significaría que las partes se han otorgado mutuamente la opción de cumplir o no sus respectivas obligaciones.

c) No se explicaría por qué la parte a quien no se le cumple puede escoger entre pedir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, ya que sólo operaría la resolución, la cual tendría como consecuencia única o fundamental la extinción del contrato.

B) CAPITANT y los neocausalistas la fundamentan en la idea de causa. Recordemos que para CAPITANT, en los contratos bilaterales la causa de la obligación de una de las partes es el cumplimiento de la obligación de la otra parte; si una de ellas no cumple con su obligación, la de la otra parte deja de tener causa, y en consecuencia, esta puede ser liberada de la suya. Se le critica que ello no explica porqué solo la parte inocente tiene la acción, y no la que incumple, ni la opción que tiene la parte inocente de exigir el cumplimiento o la resolución; además, si la resolución se explica porque el contrato deja de tener causa cuando una de las partes no cumple su obligación, ello equivaldría a dejar en

manos de las partes la posibilidad de extinguir un contrato por su propia voluntad, pues le bastaría con incumplirlo intencionalmente para provocar la extinción del contrato.

C) Para los Mazeaud, el fundamento de la acción resolutoria es la indemnización de los daños y perjuicios que causa la parte que incumple su obligación a la otra parte. La mejor manera de reparar parte del daño sufrido por la parte inocente es liberarla de la obligación correspectiva; pero además puede exigir los daños y perjuicios adicionales.

D) Giorgi y otros autores fundamentan la acción resolutoria en una presunta voluntad de las partes: Al celebrar el contrato las partes persiguen no solamente el nacimiento de las obligaciones sino su cumplimiento. En caso de incumplimiento, la otra parte puede exigir el cumplimiento coactivo, pero también puede preferir la liberación de la propia obligación y exigir la restitución de la prestación hecha a la contraparte. Mediante la resolución se impide que por efecto del incumplimiento se produzca un estado de cosas contrario al querido por las partes que, de haberlo previsto no hubieren celebrado el contrato.

A este fundamento de la acción resolutoria se le objeta entre otras razones, que al producirse un efecto distinto al querido por las partes, la resolución debería verificarse por la simple voluntad de la parte agraviada, lo que es contrario a la exigencia de la intervención judicial.

E) Otra tesis sostiene que la acción resolutoria constituye una sanción civil a la parte que ha incumplido por su culpa imponiendo al deudor la pérdida de la contraprestación que le debía su contratante. Se sanciona a quien incumple el contrato con la pérdida de la prestación a que tenía derecho en virtud del mismo.

Se le critica que el legislador enfoca el incumplimiento, no desde la perspectiva de la ilicitud, sino de su aptitud para perturbar o no el equilibrio del contrato, al exigir cierta gravedad objetiva en el incumplimiento.

F) Para otra tendencia doctrinal, la acción resolutoria se funda en el equilibrio patrimonial de las partes, que debe restablecerse entre las mismas y que quedaría roto si una de las partes tuviese que cumplir su obligación sin habérsele a ella cumplido a su vez. Se le critica que el incumplimiento por sí solo no produce un enriquecimiento, pues la otra parte tiene la opción de pedir el cumplimiento, si todavía fuera posible, o de cumplimiento por equivalente o la resolución.

La tesis de la sanción parece la más razonable.

V. REQUISITOS DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

La doctrina exige ciertas condiciones para la procedencia de la acción, a saber:

1. Es necesario que se trate de un contrato bilateral

(1362) Este requisito es exigido literalmente por el artículo 1167 CC; en el Código Civil francés (Art. 1184) se utiliza la expresión "sinalagmático" y en el Código Civil italiano de 1942 el término "contrato con obligaciones recíprocas".

Precisamente la reciprocidad de las obligaciones es lo que caracteriza a los contratos bilaterales y a la acción resolutoria. Tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia así lo han entendido.

Parte de la doctrina francesa y su jurisprudencia han extendido su aplicación a algunos contratos unilaterales: cuando el acreedor abusa de la prenda, porque según el Art. 2082 del CC francés, el deudor puede exigir la restitución, solución que no es posible entre nosotros, porque en tal caso solo procede el secuestro (Art. 1848 CC).

Se aplica a los contratos que, aun cuando por su naturaleza son unilaterales, se convierten en bilaterales al existir una remuneración (depósito y mandato remunerado).

Otra parte de la doctrina considera que procede en los contratos sinalagmáticos imperfectos, en los cuales pueden nacer, después de

celebrado el contrato, obligaciones a cargo de la parte que no se obliga en el momento de su nacimiento del contrato (mutuo y comodato, mandato y depósito gratuito), tesis que debe ser rechazada por no existir reciprocidad, no hay sinalagma. En estos casos se aplica el derecho de retención, cuando una norma expresa así lo dispone.

Algunos han pretendido que la acción resolutoria se aplica a otras relaciones bilaterales; por ejemplo, a la acción de nulidad cuando no es posible la restitución de la prestación cumplida. Tal concepción debe rechazarse porque la nulidad es la sanción a un defecto del contrato desde su nacimiento, y la restitución es un simple efecto de la declaratoria de nulidad.

Tampoco procede en la donación con carga, por ser un contrato unilateral y gratuito, a menos que la carga sea de tal entidad que el contrato sea más bien un contrato bilateral conmutativo.

En la partición de la comunidad se le ha considerado inadmisible por su naturaleza declarativa, por el interés del legislador en hacer cesar la comunidad y por las graves consecuencias prácticas que produciría.

También se discute si procede o no en la transacción, por su carácter declarativo y por producir cosa juzgada. La tesis prevalente es admitirla. El CC italiano vigente, la niega cuando produce novación, salvo convenio en contrario. (Art. 1976).

También se discute su admisibilidad en los contratos aleatorios. Para Capitant no procede porque el alea, el riesgo, es la causa primera de la obligación de cada parte. Cuando las partes ha comenzado a correr su riesgo no debe admitirse la resolución. Es la solución del Art. 1796 del CC, según el cual el atraso en el pago de la renta no autoriza a demandar el reembolso del capital. Otros niegan esta solución, porque también hay normas que permiten la resolución del contrato de seguro (Art. 586 C. Comercio) y de la renta vitalicia (Art. 1795 CC) ante el incumplimiento de la otra parte.

2. Es necesario el incumplimiento culposo de la obligación por la parte demandada

(1363) Por lo que respecta al carácter culposo del incumplimiento de la obligación, ello es evidente, porque de lo contrario, si el incumplimiento es debido a una causa extraña no imputable a las partes, se aplicarán las normas de la teoría de los riesgos y no las relativas a la resolución.

En cuanto al incumplimiento, para determinar la aptitud del mismo para provocar la resolución, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que si la obligación que se incumple es la principal, o sea, es de las obligaciones capaces de determinar el consentimiento de la parte en la celebración del contrato, entonces el incumplimiento total dará lugar a la resolución.

Si se trata de incumplimiento de obligaciones accesorias no determinantes del consentimiento de la otra parte, no procederá la resolución del contrato, sino la acción por cumplimiento, con los daños y perjuicios correspondientes.

Si se trata de incumplimiento parcial, corresponde al juez determinar si la obligación parcialmente incumplida es suficiente para motivar la resolución. En general, la doctrina y la jurisprudencia admiten como apto para producirla el incumplimiento parcial que comprenda aspectos o prestaciones sustanciales del contrato, de las ventajas que la parte inocente busca con el contrato.

Cuando el incumplimiento es parcial o de una obligación accesoria, si ello ha sido expresamente previsto por las partes como causa específica de resolución, ésta opera sin necesidad de valoración por el Juez, quien sólo podrá constatar posteriormente si se produjo o no la causa de la resolución.

En algunos casos, el legislador regula la naturaleza del incumplimiento que puede motivar la acción resolutoria. En la venta de apartamentos, la Ley de Propiedad Horizontal concede un plazo de 45 días a partir de la primera cuota insoluta, para que pueda intentarse

la acción resolutoria (Art. 35); la Ley de Venta con Reserva de Dominio exige que se haya incumplido el pago de una cantidad mayor a la octava parte del precio para que proceda la acción resolutoria (Art. 14); la Ley de Venta de Parcelas exige la falta de pago de tres cuotas (Art. 16); La Ley de Arrendamientos Inmobiliarios también limita las causas de resolución de ciertos inmuebles (Art. 33).

Hay situaciones previstas expresamente en la ley para determinados contratos: en la venta, por ejemplo, cuando ha habido evicción que comprende sólo una parte de la cosa vendida, si la parte es de tal importancia que de haber sido conocida por el comprador éste no hubiese efectuado el contrato, el comprador puede con éxito pedir la resolución de la venta (art. 1513 CC). Debe señalarse que la doctrina predominante considera que la resolución del contrato, en el caso de evicción parcial, es de distinta naturaleza a la acción resolutoria prevista en el artículo 1167 CC, por tener ambas diferencias sustanciales en cuanto a su fundamento y sus consecuencias. En la venta de un fundo gravado con servidumbres no aparentes que no figuren en el contrato, si las servidumbres, son de tal importancia que de ser conocidas por el comprador éste no hubiera contratado, también se puede intentar con éxito la resolución (Art. 1515 CC). En la renta vitalicia a título oneroso, el beneficiario puede exigir la resolución del contrato si no se le otorgan las garantías estipuladas para su cumplimiento (art. 1795 CC).

3. El actor debe proceder de buena fe

(1364) En este sentido se dice que el actor debe haber cumplido u ofrecido el cumplimiento de su propia obligación. El actor no tiene que probar que ha cumplido con sus obligaciones, ni que ha iniciado un procedimiento de oferta real de pago de su obligación, ni siquiera tiene que haber ofrecido la ejecución de su obligación; ya que tales circunstancias no son hechos constitutivos de la acción. Es más bien un hecho impeditivo.

Si el actor no ha cumplido con sus obligaciones, puede el demandado oponer la excepción de incumplimiento. Así lo ha admitido nuestra Casación en sentencia del 11-6-70.

El actor no puede prevalerse de su propio incumplimiento para exigir la resolución del contrato; ello resulta contrario a la buena fe que debe privar en el cumplimiento de los contratos. Inclusive el demandado podrá reconvenir al actor por resolución o cumplimiento del contrato, cuando el actor haya a su vez incumplido la ejecución de sus obligaciones.

Tampoco procede la resolución del contrato cuando el actor por su propia culpa haya hecho imposible la restitución de la prestación parcialmente cumplida por el demandado, si al instaurar la demanda ya sabía que no podría cumplir con tal restitución, por ser ello contrario a la buena fe. La doctrina francesa considera que en este caso, hay una renuncia tácita del actor a ejercer la acción resolutoria.

4. Es necesario que el juez decrete la resolución

(1365) El artículo 1167 CC exige expresamente la intervención judicial. Ella es necesaria, porque el Juez debe determinar si hay o no incumplimiento culposo, y si el incumplimiento tardío, parcial o defectuoso es suficiente para que proceda la acción resolutoria.

La sentencia que declara la resolución es constitutiva.

En algunas legislaciones, como en Francia, Suiza y Alemania, la ley prevé que la parte inocente pueda considerar resuelto el contrato cuando se vence un plazo de gracia que le haya concedido a la otra para que cumpla su obligación. En Venezuela no existe tal modalidad.

Cuando la ley prevé la resolución de pleno derecho, (Art. 1531 CC, Art. 141 C.Com), y cuando las partes han convenido en una resolución de pleno derecho, el Juez solo constata si existe o no la causa invocada para la resolución, en cuyo caso la sentencia es mero declarativa.

5. No es subsidiaria

(1366) En Venezuela, la acción resolutoria no es subsidiaria de la de cumplimiento, como se pretende en otros países. La parte accionante puede pedir o bien el cumplimiento, o la resolución, como lo ha previsto el artículo 1167 del Código Civil y exigir en ambos casos, el pago de daños y perjuicios.

Se ha discutido si puede exigirse la resolución del contrato como subsidiaria de la acción de cumplimiento o viceversa. En nuestra jurisprudencia se ha negado tal posibilidad, salvo en el caso de contratos de tracto sucesivo, en los cuales se puede pedir el cumplimiento de las prestaciones ya causadas (pensión de arrendamiento causada hasta el momento de pedir la resolución) conjuntamente con la resolución del contrato. Nos inclinamos a pensar que el interés del acreedor permite exigir el cumplimiento dentro del plazo útil para hacerlo, y subsidiariamente la resolución. Melich considera que ambas hipótesis son posibles, como lo admiten la doctrina y la jurisprudencia en aquellos países que permiten la alternativa entre cumplimiento y resolución, tesis que parece más razonable.

6. No es necesaria la mora del deudor

(1367) En la doctrina se discute si es necesario poner en mora al deudor. Buena parte de la doctrina así lo sostiene, pero sin darle mayor importancia a la cuestión, considerando que la demanda serviría para poner en mora al deudor, pero ello no es cierto, porque solo la demanda exigiendo el cumplimiento es la que tiene esa consecuencia. Los partidarios de la tesis contraria (Melich), que acogemos, dicen que no es un requisito legal ni siquiera para exigir el cumplimiento de la obligación, estando más de acuerdo con el fundamento de la acción resolutoria.

VI. POSIBILIDAD DE RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO

(1368) El incumplimiento parcial puede dar lugar a la resolución parcial del contrato. Nuestra jurisprudencia así lo ha admitido, tratándose de contratos de ejecución periódica o continuada. Si las prestaciones ya cumplidas satisfacen el interés del acreedor, no tendría sentido declarar la nulidad total del contrato y exigir la restitución de tales obligaciones.

VII. PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR LA ACCIÓN RESOLUTORIA

(1369) La doctrina señala en primer lugar a la parte víctima del incumplimiento y sus causahabientes a título universal o a título particular, como el cesionario o legatario.

VIII. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

(1370) La doctrina señala como efectos de la declaratoria judicial de la resolución del contrato los siguientes:

1. Entre las partes

A) Efectos liberatorios

(1371) Al ser declarado resuelto el contrato se extinguen todas las obligaciones nacidas del mismo; se considera terminado, no desde el momento en que se declara la resolución, sino como si jamás hubiese existido, volviendo las partes a la misma situación en que estaban antes de contratar; se extinguen todas las obligaciones nacidas del contrato. Por excepción, la cláusula de arbitraje subsiste (Ley de Arbitraje Comercial, por interpretación del Art. 25), también la cláusula penal que se haya estipulado para resarcir el daño causado por el incumplimiento, cláusulas que según la doctrina tienen carácter

autónomo, lo mismo que la fianza que garantiza el cumplimiento o los daños y perjuicios, o la cláusula penal.

El efecto retroactivo no tiene lugar en los contratos de tracto sucesivo, en los cuales determinadas prestaciones ya disfrutadas por las partes no son susceptibles de ser borradas en el terreno de la realidad; tal ocurre, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, en el cual el disfrute de la cosa arrendada por parte del arrendatario no es un hecho susceptible de devolución al arrendador. En tales situaciones, el legislador regula la resolución de un modo especial, haciendo que sólo opere hacia el futuro y ordenando se cumpla el contrato por lo que respecta a las prestaciones pretéritas. Este es el sentido del artículo 1616 del Código Civil: "Si se resolviere el contrato celebrado por tiempo determinado, por falta del arrendatario, tiene éste obligación de pagar el precio del arrendamiento por todo el tiempo que medie hasta que se pueda celebrar otro, o por el que falte para la expiración natural del contrato, si este tiempo no excede de aquél, además de los daños y perjuicios que se hayan irrogado al propietario". Como puede observarse, la resolución regulada por el artículo 1616 del Código Civil no extingue propiamente el contrato, sino lo deja subsistente, por lo menos en lo que respecta al arrendatario, durante un determinado lapso. En el contrato de suministro de energía eléctrica, la resolución por falta de pago del usuario opera hacia el futuro, el usuario que ha consumido ya la energía debe pagar el consumo efectuado, es decir, se cumple el contrato respecto a las prestaciones consumidas o disfrutadas.

B) Efectos restitutorios

(1372) Al extinguirse las obligaciones, las partes deberán restituirse mutuamente todas las prestaciones que hubieren cumplido. A este respecto pueden plantearse algunos problemas:

Cuando se debe restituir una cosa cuya propiedad se ha transferido por el solo consentimiento, se considera que la cosa, nunca

salió del patrimonio del enajenante; no lo afecta la insolvencia del deudor y quien lo recibió deberá devolverlo en el mismo estado en que se encontraba para el momento de la celebración del contrato; siendo responsable de los deterioros que hubiere sufrido la cosa. Si ésta pereció íntegramente, cumplirá la restitución por equivalente. Si utilizó la cosa, el obligado a restituir deberá pagar el equivalente.

Si se trata de una cosa in genere, que ya no está en el patrimonio de quien deba la restitución, o en caso de una prestación de hacer, no es posible el cumplimiento directo, la restitución en especie, y sólo procederá el cumplimiento por equivalente.

Tratándose de obligaciones de restituir una suma de dinero se ha discutido si se trata de una obligación de valor o de dinero, prevaleciendo esta última tesis.

En la doctrina se plantea la discusión acerca de si, resuelto un contrato de venta, los frutos percibidos por el adquirente y los contratos de arrendamiento efectuados por éste sobre la cosa adquirida desaparecen por la resolución del contrato. Para algunos, la solución aplicable debe ser igual a la adoptada por el legislador en materia de condición, o sea, que no hay lugar a la extinción de los actos de administración ni a la restitución derivada de la percepción efectuada de los frutos mientras esté pendiente la condición. Otros sostienen que los contratos de arrendamiento subsisten pese a la resolución; en cambio, los frutos percibidos serán devueltos. Otros sustentan el criterio de que si quien efectúa los actos de administración y percibe los frutos incumple su obligación y motiva por ello la resolución, hace imposible que los actos y percepciones referidos pueden mantenerse respecto al demandante que obtiene la resolución.

La restitución de las prestaciones recibidas plantea varios problemas.

a) Si se trata del pago de una suma de dinero, debe considerarse como una obligación o una deuda de dinero. Para algunos, debe distinguirse entre la parte culpable, respecto de la cual se considera como una deuda de valor, porque el acreedor no debe sufrir los

efectos de la inflación; pero es una deuda de dinero para la parte que ha cumplido con su obligación, porque si no ha invertido el dinero en algo que lo cubra de la inflación, sufrirá un perjuicio al correr con el efecto de la depreciación de la moneda. Esta distinción parece artificial; la mayor parte de la doctrina la considera como una deuda de dinero. Los efectos adversos de la inflación son más bien parte de los daños y perjuicios.

b) Si se trata de una obligación de hacer, es imposible la restitución

En los contratos de tracto sucesivo la mayor parte de la doctrina y nuestra jurisprudencia sostienen que la resolución sólo tiene efectos para el futuro, con lo cual se está retribuyendo el uso de la cosa (en el arrendamiento) o del servicio (contrato de obras) con el precio estipulado, lo que no resulta equitativo cuando la parte que cumplió no recibe el valor objetivo de la prestación cumplida.

c) También se ha discutido acerca de la restitución de los frutos precibidos por la parte que no cumplió. Para la mayoría, deben restituirse los frutos percibidos, inclusive los que hubiera podido percibir, por ser un accesorio de la cosa que debe restituir.

d) Como contrapartida, el actor deberá restituir al demandado los gastos necesarios para la precepción de los frutos y la conservación de la cosa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 553 CC; pero no los gastos suntuarios.

C) Daños y perjuicios

(1373) La parte cuyo incumplimiento culposo da motivo a la resolución queda obligada a la indemnización de los daños y perjuicios que la resolución cause a la parte accionante.

La mayoría de tales daños pueden quedar satisfechos por los efectos restitutorios de la acción resolutoria; pero el actor tiene derecho a reclamar todos los daños que le produzca la resolución, tanto los daños emergentes como el lucro cesante.

La doctrina ha discutido si el daño sufrido por la víctima inocente que intenta la acción está restringida al daño que comprende el interés contractual negativo (gastos en que se ha incurrido con motivo de la celebración del contrato) o si extienden al interés contractual positivo (ventajas que esperaba obtener la víctima, si el contrato hubiera sido cumplido). Según esta tesis, si el contrato era particularmente ventajoso para el actor, este podrá reclamar todo el daño sufrido, lo que se ha denominado en la doctrina el interés contractual positivo. Si bien es cierto que el actor hubiera podido pedir el cumplimiento para lograr este propósito, la ley le concede la alternativa, pues en muchos casos la resolución será un remedio más efectivo. Esta última tesis es la prevalente, pues al aplicar los principios generales sobre la responsabilidad civil, la víctima debe ser resarcida de todo daño sufrido, tanto por el daño emergente como el lucro cesante. Además, esta es la solución prevista en el Código Civil en casos particulares, saneamiento por evicción (Art.s 1508 y 1510 CC), resolución del arrendamiento (Arts. 1616 y 1623 CC) y otras.

El mayor daño que el acreedor hubiere podido evitar (por ejemplo, mediante la separación oportuna de la cosa viciada que produjo un daño) debe ser excluido de la reparación, pues había culpa de la propia víctima.

2. Efectos respecto de terceros

(1374) La resolución con los efectos indicados, se produce tanto entre las partes como con respecto a terceros, en virtud del principio de que resuelto el derecho del enajenante desaparece el derecho del causahabiente, pues nadie puede transmitir un derecho que no tiene.

A) (1375) *Protección de los terceros.* Sin embargo, además de varias reglas expresas respecto de algunos contratos en particular, en virtud del principio de la seguridad jurídica necesaria para la adecuada

circulación de los bienes, los subadquirentes están protegidos por otras normas de carácter general.

a) En materia de bienes muebles la posesión vale título. "Respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce, en favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título" (Art. 794 CC).

Será necesario que el subadquirente conozca la causa de la resolución para que los efectos de la resolución del título de su causante lo afecte. Esta regla sufre una excepción en materia de venta con reserva de dominio (Art. 7°, Ley de Venta con Reserva de Dominio), aun cuando puede sostenerse que en este caso no hay aplicación de una acción resolutoria, sino más bien de una condición resolutoria.

b) En materia de bienes inmuebles, el sistema registral protege al subadquirente de buena fe (Art. 1922 CC) que obliga a registrar la sentencia de resolución, en concordancia con el Art. 1924 CC, que declara ineficaces los actos cuyo registro es obligatorio, sin haberlo hecho. Solo quien adquiera después del registro de la sentencia, o que conociera la causa de la resolución por el propio título de su causante o por cualquier otra circunstancia, quedaría afectado por la sentencia que declara la resolución y subsecuente restitución.

B) (1376) *Los derechos reales constituidos por el subadquirente* decaen, salvo que la acción resolutoria no le fuera oponible.

El Art. 1562 CC, contiene una regla especial en materia de permuta:

> En los casos de resolución indicados en los dos artículos precedentes, queda sin perjuicio los derechos adquiridos sobre los inmuebles por terceros, antes del registro de la demanda de resolución. Respecto de los muebles, el conocimiento de la demanda que tenga el tercero, equivale al registro respecto de los inmuebles.

C) Los efectos de la cosa juzgada.

(1377) El subadquierente tendría que haber sido demandado para que la sentencia que declara la resolución le sea aplicable.

En materia de venta con reserva de dominio, basta que el contrato tenga fecha cierta, para que sea oponible al tercero subadquirente (Art. 7 Ley de Venta con Reserva de Dominio), por consiguiente, le es oponible la sentencia que declara la resolución.

IX. CARÁCTER AUTÓNOMO DE LA ACCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

(1378) La acción por daños y perjuicios puede intentarse conjuntamente con la acción por resolución del contrato. Entre nosotros se discutió si podía intentarse como acción autónoma. Antes del Código de 1942, se admitió en algunas sentencias. A partir del Código de 1942, se hizo una interpretación literal del artículo 1167 CC (con los daños y perjuicios en ambos casos, si hubiere lugar), tesis que ha sido posteriormente rechazada por ser incompatible con los principios que rigen la responsabilidad civil. Ante el incumplimiento del deudor de obligaciones nacidas de un contrato bilateral, el Art. 1162 CC da en realidad tres opciones a la víctima: a) pedir el cumplimiento directo o por equivalente, b) pedir la resolución del contrato, y c) pedir los daños y perjuicios. Hay casos en los cuales la víctima no tendrá interés en el cumplimiento (cuando la obligación está sujeta a un término esencial) ni tampoco en la resolución (cumplimiento tardío o defectuoso).

X. LA RESOLUCIÓN CONVENCIONAL

(1379) No siendo una materia en la cual está interesado el orden público, las partes pueden estipular libremente las causas de resolución y sus consecuencias, salvo en ciertos contratos en que la ley limita, restringe o regula la acción resolutoria: El Decreto Ley de Arrenda-

mientos Inmobiliarios limita las causas para exigir la resolución de los contratos por tiempo indeterminado a las previstas en ella (Art. 33) y concede un plazo de gracia para el pago del canon de arrendamiento (Art. 50), la Ley de Venta con Reserva de Dominio y la Ley de Venta de Parcelas, exigen el incumplimiento de más de una octava parte del precio (Art. 14) o de tres cuotas (Art. 16) respectivamente; la Ley de Propiedad Horizontal concede un plazo de gracia de 45 días a partir del vencimiento de la primera cuota insoluta (Art. 35) para que proceda la resolución y la Ley de Protección al Consumidor considera nula la cláusula que concede a una de las partes la facultad de resolver a su solo arbitrio el contrato (Art. 21, ord. 1°).

Puede ser una verdadera condición resolutoria (falta de otorgamiento o registro de un documento dentro de cierto término), en cuyo caso se aplican las reglas pertinentes (Art. 1197 a 1210 CC), o una simple repetición de los supuestos de hecho del Art. 1167, en cuyo caso no hay una regulación convencional de la acción resolutoria.

Las partes pueden limitarse a determinar causas específicas de incumplimiento (falta de cumplimiento dentro de cierto término, incumplimiento defectuoso determinado por un tercero designado por las partes, retraso en la ejecución de una obra). El papel del Juez, cuya intervención es entonces necesaria, se limita a determinar si efectivamente se produjo o no la causa de resolución; pero no podrá calificar si el incumplimiento es o no suficiente para declarar la resolución del contrato.

XI. La resolución de pleno derecho

(1380) Puede estipularse que la resolución se produzca de pleno derecho ante el incumplimiento de una de las partes. Será necesario que la parte inocente, que tiene la alternativa de exigir el cumplimiento o la resolución, notifique a la otra parte que ha hecho uso de la facultad de resolver el contrato por su propia voluntad. No siendo una cuestión en la cual está interesado el orden público, las partes pueden libremente

determinar las consecuencias del incumplimiento de una ellas, salvo en los casos que la ley limita las causas de resolución (Decreto Ley de Arrendamientos Urbanos y otros señalados anteriormente). Tampoco será lícita la cláusula cuando ella es abusiva. La resolución del contrato se producirá tan pronto como la otra parte haya sido notificada, sin necesidad de intervención judicial. Sin embargo, esta no se excluye en todos los casos. Si el contrato ha sido cumplido parcialmente, la parte inocente que notifica su decisión de dar por resuelto el contrato tendrá que recurrir ante los órganos jurisdiccionales para que se le restituya la prestación cumplida, pero en tal caso el juez no tendrá que decretar la resolución, que ya operó por la voluntad de las partes. La doctrina nacional (MELICH, KUMMEROW) y extranjera considera plenamente válida esta cláusula.

En caso de existir conflicto entre las partes, sobre si se dió o no la alegada causa de la resolución; la intervención del juez se limitará a constatar los hechos, y de haberse producido los que hubieren sido previstos por las partes para que se produzca la resolución de pleno derecho, la sentencia será declarativa y la resolución producirá sus efectos desde la fecha en que se notificó al deudor, o la que hubieren previsto las partes.

XII. LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

(1381) El actor puede exigir, además de la resolución, los daños y perjuicios que le cause el incumplimiento de la otra parte. El efecto liberatorio de la resolución constituye una reparación parcial del daño sufrido; pero el actor tiene derecho a la reparación integral del daño, inclusive el emergente, por lo cual pdrá reclamar las ventajas que hubiera obtenido del contrato si la otra parte hubiese cumplido. Si compré una cosa por debajo del precio de mercado, el vendedor que no cumplió con su obligación de hacer la tradición, tendrá que pagar la diferencia de precio, así como los gastos en que hubiere incurrido el comprador para celebrar el contrato.

XIII. Diferencias con la excepción "non adimpleti contractus"

(1382) La acción resolutoria presenta diferencias fundamentales con la excepción *non adimpleti contractus,* a saber:

1º La acción resolutoria tiene como objeto obtener la terminación de un contrato bilateral, mientras que la excepción *non adimpleti contractus* sólo persigue obtener la suspensión del contrato bilateral. Mientras que la acción resolutoria extingue el contrato, la excepción *non adimpleti* lo suspende mientras la parte que dio motivo a su oposición cumple la obligación prometida, caso en el cual el contrato vuelve a producir sus efectos normales. Sólo existe una situación excepcional en que la excepción *non adimpleti contractus,* además de suspender la ejecución del contrato, lo extingue parcialmente: En los contratos de tracto sucesivo, la oposición de la excepción deja insubsistente la obligación de la parte inocente durante el lapso en el cual la parte culpable dejó de cumplir su obligación.

2º La terminación del contrato obtenida mediante el ejercicio de la acción resolutoria es retroactiva, en el sentido de que el contrato se considera como si nunca hubiera existido; las partes vuelven a la situación precontractual, como si jamás hubiesen contratado. La excepción *non adimpleti contractus* no tiene efecto retroactivo, suspende sólo el contrato a partir del momento en que se opone.

3º La acción resolutoria supone la iniciativa de la víctima del incumplimiento de acudir ante los órganos jurisdiccionales a fin de impugnar un contrato solicitando su terminación, es un medio de ataque para tener la terminación de un contrato. La excepción *non adimpleti contractus* le permite a la parte inocente abstenerse de cumplir con su obligación mientras la otra no haya cumplido con la obligación correspectiva y en caso de ser demandado es un medio de defensa que opone la parte inocente, para ser liberada del cumplimiento de sus obligaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Colin, Ambrosio y Capitant H. Ob. Cit. Tomo III, Cap. IV – (487), págs. 758 - 768.

De Page, H. Ob. Cit. Tomo II, Nºs 872 a 900, págs. 785 a 806.

Giorgi, Jorge. Ob. Cit. Tomo IV, Nºs 204 al N° 222.

Josserand, Louis. Ob. Cit. Tomo II, Vol. I, N°s 374 a 309, págs. 261 a 274.

Marty, G. Teoría General de las Obligaciones. Ob. Cit. Tomo I, págs. 229 a 239.

Mazeaud, Henri-Leon-Jean. Ob. Cit. Parte II, Vol. III, N°s 1080 a 1106, págs. 337 a 357.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. Ob. Cit. Tomo 6, Nº 420 al 437, págs. 593 a 612.

Código Civil de Venezuela. Antecedentes. Ob. Cit. Vol. Art. 1159 al Art. 1168, págs. 271 a 406.

Melich Orsini, José. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Nºs 393 a 418 , págs. 733 a 765.

Melich Orsini, José. La Resolución del Contrato por Incumplimiento. Editorial Temis – Bogotá – Caracas – 1979.

Palacios Herrera, Oscar. Ob. Cit Título XLIX a L, págs. 260 a 270.

Messineo, F. Doctrina General del Contrato. Ob. Cit. Tomo II, Cap. XV, Nº 3 al 10, págs. 332 a 364.

Starck, Boris. Ob. Cit. Vol. 2, Nºs. 1895 a 1946, págs. 663 a 679.

Terré F., Ob. Cit. Nºs. 622 a 639, págs. 509 a 527.

Aguilar Gorrondona, José Luis. Derecho Civil IV. Contratos y Garantías – Universidad Católica Andrés Bello, 1996, págs. 219 a 221; 277.

Kummerow, Gert. Anotaciones sobre la Estructura y el Mecanismo de la Cláusula Resolutoria Expresa. Studia Jurídica N° 2, UCV – Facultad de Derecho. Caracas 1958.

Jurisprudencia

Efectos

25/4/91 – CSJ – SCC – PT.CSJ, pág.

Excluye la de incumplimiento

26/4/90 – CSJ – SPA – PT. CSJ, Marzo 1990.

No es procedente la resolución unilateral. Es necesaria la intervención judicial.

30/11/99 – JS – CM AM - R&G (2504-99), Tomo CLIX pág. 52.

11/03/99 – CSJ – SPA – R&G (619-99), Tomo CLII pág. 463.

Incumplimiento parcial

Es necesario analizar en cada caso concreto la importancia del incumplimiento para conceder la acción resolutoria.

26/5/99 – CSJ – SCC – R&G (1155-99), Tomo CLIV, pág. 461.